



FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO FIN DE MÁSTER

ESTUDIO SOBRE LA FIGURA DE LA
GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y SU
PROBLEMÁTICA

STUDY ON THE FIGURE OF SHARED
CUSTODY AND ITS PROBLEMS

_Autor: D. Borja Iglesias Hernández

_Tutor: D. José Enrique Bustos Pueche

Enero, 2020

Índice

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA	1-2
2. DESARROLLO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	2
2.1. Origen y desarrollo evolutivo	2-4
2.2. Concepto y características esenciales.....	5-7
2.3. Modalidades	7-8
2.3.1. Modalidad de mutuo acuerdo o consensuada	8-9
2.3.2. Modalidad contenciosa.....	9-12
2.4. Ventajas e Inconvenientes.....	13-15
3. REQUISITOS DE ATRIBUCIÓN.....	15-16
3.1. Derecho Nacional.....	16
3.1.1 Interés superior del menor	16-22
3.1.2. Premisa del mutuo respeto entre los progenitores	22-25
3.1.3. Edad de los hijos	25-28
3.1.4. Ubicación de los domicilios de los progenitores.....	28-29
3.2. Derechos Forales.....	30
3.2.1. País Vasco.....	30-33
3.2.2. Aragón	34-37
3.2.3. Cataluña	37-40
3.3. Breve referencia a la doctrina del Tribunal Supremo y de Instancias inferiores.....	40-42
4. REGULACIÓN COMUNITARIA.....	42-44

4.1. Italia	44-45
4.2. Suecia	46-47
4.3. Francia.....	47-49
5. CONCLUSIONES	49-50
6. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	50-56

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA.

En el presente trabajo vamos a llevar a cabo un estudio sobre la figura de la guarda y custodia compartida, su evolución durante los últimos años, así como sus efectos y aplicación, según lo establecido en nuestra jurisprudencia del Alto Tribunal y de instancias inferiores.

Empezando a desarrollar el tema, hay que comenzar puntualizando que esta figura tiene una gran importancia en la sociedad actual. Esta importancia se produce, debido a que, en caso de ruptura matrimonial o fin de convivencia, hay que establecer la custodia de los hijos menores habidos durante el matrimonio o durante una relación de pareja sin vínculo matrimonial, es decir, cuál de los progenitores va a encargarse del cuidado y atención diaria de los mismos, debiendo decidirse todo ello mediante sentencia judicial dictada por el Juez competente, en caso de que haya falta de entendimiento entre los mismos, y en caso de que haya un acuerdo, se decidirá por los propios progenitores. Además, de lo anteriormente mencionado, la relevancia de esta figura es patente en el propio artículo 39 CE¹, donde hace referencia a la protección de la familia en general y en particular a los hijos, debiendo superponerse siempre el llamado “interés superior del menor”.

Como antecedente a todo lo anteriormente mencionado, la custodia llevada a cabo por uno solo de los progenitores, normalmente de la mujer, ha sido el régimen principal de aplicación durante mucho tiempo, a la hora de decidir sobre la guarda y custodia de los hijos menores de edad. Sin embargo, en la actualidad como consecuencia de la reforma del artículo 92 del Código Civil por obra de la Ley 15/2005 de 8 de julio, se introduce la posibilidad de que el Juez acuerde la guarda y custodia compartida, fundamentalmente para evitar desequilibrios en los tiempos de presencia, el sentimiento de pérdida etc...²

¹ Artículo 39 CE, “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquier que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

²ÁLVAREZ OLALLA, M^a DEL PILAR, “última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida”. Revista Doctrinal Aranzadi 3/2018, págs. 107-120.

También, esta modificación, se puede deber a otros factores, como puede ser la introducción de las mujeres en el mundo laboral y a las diferentes políticas de igualdad³.

Por lo tanto, debido a la importancia de esta figura, a lo largo de este trabajo, nos encargaremos de analizar detalladamente el concepto de la guarda y custodia compartida, sus características generales, su regulación nacional, donde hay una serie de diferencias de suma importancia entre el derecho nacional y los derechos forales, y finalmente la regulación en el ámbito internacional.

2. DESARROLLO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

2.1. Origen y desarrollo evolutivo.

El marco legal en que se ha ido desarrollando la figura de la guarda y custodia ha sufrido una evolución paulatina en nuestra legislación, debido esencialmente a los diferentes roles que los progenitores han venido desarrollando y la modificación de las diferentes tareas cotidianas dentro del hogar familiar.⁴

Los antecedentes que tienen relación con esta figura, se encuentran principalmente en el Derecho canónico, el cual tenía, y sigue teniendo una especial relevancia sobre el ordenamiento jurídico español, y particularmente en el Derecho de Familia. Su cuerpo normativo era el llamado Código de Derecho Canónico, donde se consideraba al matrimonio como una unidad indisoluble, cuya función primordial era aumentar la familia. En virtud de esa indisolubilidad, los contrayentes adquirirían un compromiso para toda la vida, sin que ninguna autoridad tuviera competencias para disolver dicho vínculo. Sin embargo, con el paso del tiempo esta concepción se ha ido matizando, hasta llegar a reconocer el concepto de divorcio, propiamente dicho.

El origen de la guarda y custodia compartida, lo encontramos en la Ley del Matrimonio Civil de 1870, que conforme a su artículo 88, establecía que el hijo quedaría bajo la

³ STS nº 847/2016, con fecha de 17 de Marzo.

STS nº 4606/2009, con fecha de 8 de Octubre.

⁴ Evolución Histórica de los criterios para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores (1870-2005).

<https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evoluci%C3%B3n-hist%C3%B3rica-de-los-criterios-para-atribuci%C3%B3n-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/>

potestad del cónyuge no culpable, y si ambos lo eran, se nombraría a un tercero que ejercería la función de tutor, salvo que fuera menor de 3 años, que en dicho caso la madre mantendría su cuidado. Posteriormente, apareció el Código Civil de 1889, el cual en su artículo 70, mantenía en esencia, lo mismo que recogía la Ley del Matrimonio Civil.

Con la llegada de la Segunda República, se promulgó la Ley republicana de Divorcio de 1932, donde recogía la atribución de la custodia al cónyuge no culpable, salvo que fuera menor de 5 años, en cuyo caso quedaría bajo el cuidado de la madre⁵.

Tras diferentes idas y venidas, tanto en la Segunda República como en la Dictadura Franquista, finalmente con la promulgación de la Constitución Española, se dictó la Ley 30/1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. En esta Ley, llamada ordinariamente Ley del Divorcio, se recogía por primera vez la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial, si concurría alguna de las causas recogidas en él mismo. Para ello, primeramente los cónyuges debían pedir previamente la separación judicial, siempre que llevaran 1 año de cese efectivo de la convivencia.

Además de esta novedad, esta Ley también introduce el concepto del interés superior del menor, como criterio de atribución a la hora de determinar la guarda y custodia del menor. A pesar de esta novedad, la presente Ley seguía estableciendo que los menores de 7 años tenían que estar bajo el cuidado de su madre.

Tras la reforma del Código Civil por la Ley 11/1990, se comenzó a aplicar el principio de no discriminación por razón de sexo, donde el Juez, era el encargado de decidir siempre a quien se confía el cuidado de los menores, siempre teniendo en cuenta el beneficio de dichos menores y desapareciendo cualquier preferencia pasada a la atribución mujer, por el mero hecho de ser mujer.

Finalmente, en el año 2005, entra en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio. Con esta Ley, por primera vez se prevé legalmente de forma expresa la guarda

⁵ RIVERO FIDALGO, JENIFER, *“La custodia compartida; análisis de la situación actual y su desarrollo jurisprudencial”* TFM, Universidad de Oviedo Curso 2015/2016, págs. 17-20.

y custodia compartida a través de la modificación del artículo 92 del Código Civil⁶. Esta normativa también se aplica a las relaciones paterno-filiales en el caso de hijos extramatrimoniales, según recoge el artículo 770.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷.

Por todo ello, con esta Ley se ha venido a dar un marco normativo a la guarda y custodia compartida, siguiendo la idea de que las normas relativas a la potestad de los progenitores *<<constituyen el paradigma de las relaciones derecho-sociedad-persona en el momento genético de la norma>>*⁸. La normativa de la guarda y custodia compartida es una medida que potencia el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de las potestades y permitirá que los hijos tengan una relación fluida con ambos progenitores, causando un beneficio en el desarrollo de la personalidad del menor. Esta medida también apareció como consecuencia de determinados factores, tales como el acceso de la mujer al mercado laboral o los cambios en determinadas pautas de educación, provocando que los padres tengan una intervención mayor en el cuidado diario de sus hijos y su implicación en la vida cotidiana del hogar, cada vez fuera mayor.

En conclusión, hasta la llegada de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la guarda y custodia compartida no estaba contemplada en nuestro Código Civil, quedando reducida su aplicación a los procesos consensuados, siendo excepcional que se acordara en los procedimientos contenciosos⁹. Por todo ello, para su implantación, la Ley se apoyó en sus innumerables beneficios consistentes, principalmente, en el derecho del hijo a tener relación con ambos progenitores y por otro lado, el derecho-deber de los padres de mantener una relación equilibrada y continuada con los hijos y de prestarles asistencia de todo orden, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos¹⁰.

⁶Artículo 92 Código Civil, “5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”.

⁷ Artículo 770 LEC, “6. En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio”.

⁸ MORELLI, M. “La potestà dei genitori”, Piacenza 2003, pg. 1243.

⁹ GONZÁLEZ VICENTE, P. “La guarda y custodia compartida en la Ley 15/2005”.

RJ Sepín, Persona y Familia, septiembre 2005, pág. 43.

¹⁰ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T, “Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida”. Revista de Dº Patrimonial nº 22/2009, Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2009.

2.2. Concepto y características esenciales.

Como anteriormente hemos mencionado, la guarda y custodia compartida se introduce por primera vez con la aparición de la Ley 15/2005, de 8 de Julio.

La guarda y custodia compartida la podemos definir como *“aquella potestad que atribuye a los padres el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los períodos prefijados convencional o judicialmente (guarda y custodia compartida) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores”*¹¹. Es decir, que esta figura implica la separación entre dos cónyuges o personas con una relación de afectividad y que tienen hijos comunes, por lo cual tendrán que colaborar en el cuidado de los mismos, turnándose en el tiempo. Sin embargo, el concepto de guarda y custodia compartida es muy variado entre los diferentes autores, ya que también doctrinalmente ha sido definida como *“aquella situación, consecuencia del cese de la convivencia entre los progenitores, en la que ambos se hacen cargo de la atención diaria del menor de edad, que conlleva en definitiva una configuración “abierta y adaptable” a las circunstancias de los afectados, y que su regulación debe ser ajustarse al criterio superior del interés del menor”*¹².

Para otros autores, la figura de la guarda y custodia compartida tiene una especial relación con el concepto de patria potestad, ya que por ejemplo para Juan Pablo del Pozo, *“la guarda y custodia no es más que la forma de ejercicio ordinario de la patria potestad por el progenitor que convive habitualmente con el menor”*¹³. Además, según el Tribunal Supremo en Sentencia del 19 de Octubre de 1983¹⁴, el derecho de guarda y custodia es parte integrante de la patria potestad, considerándola como *“la función de los padres de velar por sus hijos y tenerlos en su compañía, determinando que la misma era parte integradora de la patria potestad”*. Es precisamente en la situación en que

¹¹ LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, *“Custodia compartida de los hijos”*. Editorial La Ley, Madrid 2008. Pág. 39.

¹² ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN, *“Libertad y familia”*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid 2012, págs. 16 y 143.

¹³ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, *“Custodia versus Patria Potestad. Delimitación del contenido y funciones de una y otra”*. Boletín de Derecho de Familia, El Derecho, nº 93, Septiembre 2009.

¹⁴ STS nº 5553/1983, del 19 de Octubre

ambos progenitores convivan juntos, cuando la figura de la guarda y custodia compartida aparece regulada en el artículo 154 del Código Civil, integradora en la patria potestad, suponiendo tener a los hijos en su compañía y educarlos y procurarles una formación integral.

Además, la Jurisprudencia da la definición de guarda y custodia compartida mediante las Sentencia del Tribunal Supremo, del 10 de Diciembre 2012¹⁵, según la cual, *“la guarda y custodia no consiste en un “premio o un castigo” al progenitor que mejor o peor se haya comportado durante la crisis matrimonial, sino en una decisión ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determina lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor”*.

A pesar de todas estas definiciones, el concepto de guarda y custodia compartida es un concepto jurídico indeterminado, ya que no hay ningún precepto legal que establezca una definición de dicha figura. Solo la Comunidad Valenciana, en su artículo 3 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, la definía como *“el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordando voluntariamente, o en su defecto por decisión judicial”*.

Con respecto a este concepto, hay autores que consideran que la denominación de guarda y custodia compartida es errónea, sería más acertado hablar de custodia repartida, distribuida o alternativa¹⁶. Así lo considera Zarraluqui, hablando de la figura custodia alternativa, al determinar *“que la convivencia con el menor se da de forma alternativa y dicha convivencia deriva de la guarda y custodia y cuidado, haciendo especial mención a que una simple palabra errónea puede dar lugar a equivocaciones y malas interpretaciones”*¹⁷.

¹⁵ STS nº 745/2012, de 10 de Diciembre.

¹⁶ RODRIGUEZ CHACÓN, R. *“Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación”*. Edición Experiencia, Barcelona 2005. Pág. 82.

¹⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS *“I Jornadas de Derecho de Familia AEAFA Salamanca”*. Edición Libertas, 2016. Pág.8.

El artículo 5 de la Convención de la Haya de 1980, considera el derecho de custodia como, “*el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular, el decidir sobre su lugar de residencia*”.

Finalmente, respecto a las características esenciales del concepto de guarda y custodia compartida, hay que destacar principalmente las siguientes:

1. Los progenitores están en plena igualdad en lo que respecta al ejercicio de su guarda y custodia de los hijos menores. Se considera como el derecho y el deber de los padres a presentar esa asistencia a sus hijos, siendo recogida la misma en la propia Constitución Española¹⁸. Se refiere a una igualdad jurídica y a una responsabilidad parental de los menores en el cuidado de sus hijos¹⁹.
2. Es una medida que afecta de manera directa a menores, por lo cual, a la hora de decidir sobre la guarda y custodia de dichos menores, hay que tener como principal parámetro a la hora de decidir el “*interés superior del menor*”, como interés preponderante en todos estos casos²⁰.

Con estas características, podemos llegar a la conclusión de que la guarda y custodia compartida es la posibilidad real de que los dos progenitores sean los que compartan responsabilidades diarias y cotidianas, siempre que dicha decisión sea beneficiosa para el menor.

2.3. Modalidades.

Existen muchas modalidades de guarda y custodia, ya que se tienen en cuenta diferentes factores como pueden ser la edad de los menores, la distancia entre los domicilios de los progenitores, anterior ejercicio de los progenitores con sus hijos, el mutuo respeto entre los padres etc..., insistiendo que en principio, la mejor fórmula sería la que decidan los progenitores y siempre teniendo como principal parámetro el que mejor sirva al interés del menor. Sin embargo, la decisión que se tome sobre si queda atribuida la guarda y custodia a un progenitor o a ambos de forma compartida no es definitiva, ya que existe la posibilidad de que las medidas definitiva ya adoptadas, se pueden modificar cuando

¹⁸ Artículo 39.3 CE, “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”.

¹⁹ La Convención de 20 de Noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño.

²⁰ STS 758/2013, de 25 de Noviembre, STS 355/2016, de 30 de Mayo y STS 4/2018, de 10 de Enero.

así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los padres²¹.

2.3.1. Modalidad de mutuo acuerdo o consensuada.

Esta modalidad de guarda y custodia compartida se llega a través de un acuerdo entre los progenitores, los cuales deciden que ambos se dedican al cuidado del menor alternándose en los tiempos. A este acuerdo se puede llegar desde un primer momento, a través de la figura del Convenio Regulador firmado por ambos progenitores, o posteriormente a través del desarrollo del propio procedimiento.

Este tipo de guarda y custodia compartida aparece regulada en el propio artículo 92.5 Código Civil, donde determina que *“se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*.

El procedimiento comienza con la presentación de una demanda de mutuo acuerdo presentada por ambos progenitores, juntamente con un Convenio Regulador firmado por ambos, donde se deben regular todas las medidas pertinentes (guarda y custodia, régimen de visitas, pensión de alimentos, atribución de la vivienda familiar, pensión compensatoria etc...) ²². El Juez deberá aprobar el acuerdo al que han llegado los progenitores, ya que los Tribunales deben velar por el cumplimiento del interés superior del menor. Admitida la solicitud de divorcio de mutuo acuerdo, el Letrado de la Administración de Justicia citará a los cónyuges para que se ratifiquen por separado en su petición. Si no se produce dicha ratificación por alguno de los cónyuges, el Letrado de la Administración de Justicia acordará de inmediato el archivo de las actuaciones. Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal, sobre los términos del Convenio relativos a los hijos menores y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición

²¹ ZAMORA SEGOVIA, M.ª LUISA, *“Aproximación a la reforma del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación, y divorcio”*. Magistrada, Juzgado Primera Instancia nº 26 Sevilla.

²² Artículo 90 Código Civil, donde se recoge el contenido mínimo del Convenio Regulador, (patria potestad, la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución de las cargas del matrimonio, la liquidación del régimen económico etc...).

del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Si el Juez aprecia que el acuerdo es beneficioso para el menor lo aprobará, pero en caso contrario se dará un plazo de 10 días para que los progenitores presenten un nuevo Convenio y subsanen los errores. Finalmente, el decreto que formalice la propuesta del convenio regulador declarará la separación o divorcio de los cónyuges²³.

Todo esto, aparece regulado en numerosa jurisprudencia, destacando principalmente la SAP Toledo, nº 62/20019, del 12 de Febrero de 2009, donde se menciona que *“los cónyuges deben regular su separación, aplicándose la intervención del Juez en todo lo relacionado con los menores, siempre aplicando el favor filii, es decir, a favor del hijo o del menor, considerando como interés preferente el interés del menor”*.

2.3.2. Modalidad contenciosa.

En esta modalidad es donde surgen la mayoría de problemas, ya que en este caso, no hay un acuerdo entre las partes, siendo el Juez el que dictará lo que estime oportuno sobre la guarda y custodia, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del menor²⁴.

A tenor de lo recogido en el propio artículo 92.8 CC, para establecer la guarda y custodia compartida se exigía que la solicitud de guarda y custodia compartida tenía que ser solicitada por alguno de los progenitores, también era necesario informe favorable del Ministerio Fiscal y finalmente como criterio principal, que la decisión fuera favorable al interés superior del menor.

A pesar de esta excepcionalidad que recoge el propio artículo, ésta debe interpretarse en relación con lo recogido en el propio párrafo 5 del mismo artículo, admitiendo que se acuerde la guarda y custodia compartida mediante acuerdo entre las partes o uno con el acuerdo de otro. En caso de falta de acuerdo, el Juez la acordará protegiendo fundamentalmente el interés superior del menor. Por ello, no es necesario aclarar el término de excepcionalidad, ya que se refiere a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a la existencia de determinadas circunstancias establecidas en un marco cerrado. Esto aclara, que los criterios recogidos en el Código

²³ Artículo 777 Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁴ Artículo 92.8 CC, *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*.

Civil, no limitan la posibilidad de custodia compartida cuando lo soliciten ambos o alguno de ellos, sino que se prevé que el Juez pueda decidir en caso de desacuerdo entre los mismos. De manera que el término excepcional, no significa que la guarda y custodia compartida se vaya a atribuir cuando lo solicite alguno de los progenitores, sino que ello es excepcional, ya que el Juez la otorgará en caso de desacuerdo entre los progenitores.

Con respecto al informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la guarda y custodia compartida, fue declarado inconstitucional y nulo el término “favorable” por el Tribunal Constitucional²⁵, basándose en una vulneración de la independencia jurisdiccional consagrada en el artículo 117.3 CE, aclarando que la concesión del informe favorable es un veto a un área que debería de estar sometida a la potestad jurisdiccional. *“En aquellos casos en los que el Ministerio Público emitiera un informe desfavorable, no puede impedirse una decisión diversa del Juez, ya que ello limitaría injustificadamente la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial”*.

Además, también en la Sentencia del Tribunal Constitucional, se establece que se produce una vulneración del artículo 24 CE²⁶, ya que *“el dictamen del Ministerio Fiscal vincularía al Juez de tal modo que le impidiera conocer y estudiar el fondo del asunto, sin posibilidad de impugnar el informe por la parte perjudicada, y por tanto vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva”*.

En la Jurisprudencia, la primera vez que se aplicó el criterio recogido en el artículo 92.8 CC, anteriormente mencionado, fue con una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 20 de Febrero de 2007²⁷, donde se otorgó la guarda y custodia compartida, siendo solicitada por uno solo de los progenitores con la oposición del otro progenitor, y contando con el informe favorable del Ministerio Fiscal, basándose en su

²⁵ STC 185/2012, de 17 de Octubre.

²⁶ Artículo 24 CE, 1. *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”*.

²⁷ SAP Barcelona 102/2007, de 20 de Febrero.

argumentación jurídica en la mejor posibilidad para el interés del menor. Sin embargo, lo cierto es que el artículo 92.8 CC, en la práctica solamente concede la posibilidad de establecer la custodia compartida, pero no regula con precisión los detalles que deben de tener en cuenta los Tribunales para su adopción, siendo ellos mismos los que en función del caso concreto, deben tomar las decisiones que ellos consideren más adecuadas al caso.

Por todo ello, encontramos jurisprudencia como la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Julio de 2011²⁸, que establece que *“el Juez podrá acordar la figura de la guarda y custodia compartida de los hijos menores de edad, siempre que ello fuera beneficioso para el propio interés de los mismos”* u otra Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Septiembre de 2009²⁹, donde interpreta de forma literal que *“aunque no se haya pedido la medida de la guarda y custodia compartida por ninguno de los progenitores, el Tribunal es suficientemente capaz para acordarla, si ello fuera beneficioso para el menor”*, es decir, que el Juez es libre de adoptar esta medida de oficio, sin necesidad de que sea solicitado por alguna de las partes, siempre que ello fuera lo más beneficioso a criterio del Juzgador para el interés del menor.

Sin embargo, determinada Jurisprudencia de instancias inferiores, sigue manteniéndose reticente a la fijación de la guarda y custodia compartida si no es solicitada por alguno de los progenitores, haciendo referencia de forma fundamental a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, del 1 de Abril de 2009³⁰, donde el Juzgador niega la atribución de la guarda y custodia compartida, a pesar de existir un informe favorable a su atribución por parte del Ministerio Fiscal. Para negar su atribución se basa en *“la excesiva judicialización de las relaciones entre los progenitores con respecto a la figura del menor; el elevado grado de conflictividad entre los mismos y la actitud reacia de la madre a permitir una relación de carácter normalizada entre el menor con su padre y sus hermanas”*.

Sin embargo, esta situación de conflictividad entre los progenitores a la hora de fijar la guarda y custodia compartida se intentó mitigar con la introducción de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Su aplicación cada vez es mayor en los procedimientos contenciosos, ya que el Juzgador ofrecía la posibilidad a

²⁸ STS 579/2011, de 22 de Julio.

²⁹ STS 614/2009, de 28 de Septiembre.

³⁰ SAP Sevilla 180/2009, de 1 de Abril.

los cónyuges de acudir a sesiones de mediación familiar para conseguir un acuerdo tras la ruptura³¹. En estos procesos se intenta potenciar la cultura del pacto entre las partes, haciendo aflorar los principios generales de beneficio del menor y corresponsabilidad parental. Una custodia compartida aceptada por los progenitores, diseñada adecuadamente y gratificante para los hijos menores, vendría a ser el final natural de una ruptura familiar bien gestionada por los propios interesados con la ayuda del mediador.

La mediación familiar consiste en un procedimiento intra-procesal, de carácter voluntario, donde las partes someten sus discrepancias ante un mediador neutral, con el objetivo de establecer acuerdos en torno a aspectos de la crisis matrimonial. La figura del mediador debe ser un elemento fundamental en la construcción de custodias compartidas bien elaboradas, positivas y con efectos saludables para todo el grupo familiar. El derecho-necesidad de los menores de gozar y estar con ambos padres puede peligrar cuando la pareja deja de convivir y esa decisión, generalmente no compartida, despierta emociones negativas y un descenso de la racionalidad que dificulta el poder utilizar criterios personales para solucionar dicho problema.³²

Si ambos progenitores llegan a un acuerdo, él mismo debe ser ratificado y homologado por la propia autoridad judicial. En caso de no llegar a ningún acuerdo, se suspende el proceso de mediación y se retrotraen las actuaciones al momento judicial en el que quedaran suspendidas para acudir a mediación.

La figura de la mediación tiene su origen principal en que cuando se celebró el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, se aprobó por unanimidad el informe del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, donde se reguló con mayor detalle la labor mediadora en supuestos de crisis matrimoniales, y en general, en los diferentes conflictos que podían suscitarse en el ámbito familiar.

³¹ GARCÍA VILLALUENGA, L, “*Conflictos, Familia y Mediación*”. Grupo Difusión, Madrid 2007. Pág. 258.

³² FUNDACIÓN ATYME, “*Custodia Compartida y Mediación*”. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid 2019. Pág. 7.

2.4. Ventajas e Inconvenientes.

La figura de la guarda y custodia compartida es una medida que establece por parte de los Jueces cuando se produce una situación de crisis familiar. Según la mayoría de expertos, y teniendo en cuenta la jurisprudencia, las ventajas que tiene esta figura son mayores a sus inconvenientes. Entre las numerosas ventajas que encontramos, hay que mencionar:³³

1. Se garantiza a los hijos la posibilidad de poder disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de la relación de pareja deviniendo la separación menos traumática para los menores, por cuanto es la situación que se asemeja a la organización familiar existente con anterioridad a la crisis familiar. Con todo ello, se permite afianzar los lazos de unión de los hijos con sus padres³⁴.
2. Aminoración de determinados sentimiento negativos que acompañan a la ruptura conyugal, como pueden ser el miedo al abandono, conflictos de lealtad, sentimientos de suplantación etc...
3. Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los progenitores, que permite una mayor aceptación de la nueva situación de ruptura, y evitándose situaciones de manipulación consciente o inconsciente por cualquiera de los progenitores frente a sus hijos.
4. Enriquecimiento en el mundo social, afectivo y familiar del niño, dado que tendrá posibilidad de adaptarse a dos modelos educativos positivos, permitiéndole tener una visión más amplia y constructiva de su personalidad.
5. Se garantiza a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crianza de sus hijos.
6. Mayor concienciación de ambos progenitores en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos, evitando disputas, resentimientos etc...

³³ GUILARTE GUTIERREZ, V., “Comentarios a la reforma de la Separación y Divorcio”. Dialnet, 2005, pág. 157.

SAP Barcelona 102/2007, de 20 de Febrero.

GODOY MORENO, A. “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”. Dialnet, 2003, pág. 340.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ.EZNARRIAGA, L. “El menor en las crisis familiares”.

Jornada sobre Derechos de los Menores.

³⁴ IGLESIAS REINA, MARTA, “Custodia Compartida y Vivienda Familiar”.

TFM, Universidad Complutense de Madrid, Sept. 2013, págs.28-49.

En toda esta línea, encontramos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, del 15 de Diciembre de 2011, donde nos dice que *“La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos principios básicos: por un parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar. Las ventajas de la custodia compartida son evidentes. Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos”*. También hay que destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del 31 de Julio de 2008,³⁵ donde se nos dice *“que la custodia compartida o conjunta presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar, producido por la ruptura familiar”*.

A pesar de todas estas ventajas, nos encontramos ante un tema que debe ser tratado caso por caso, ya que en determinadas circunstancias tiene más perjuicios que beneficios, tanto para los menores, como para los propios progenitores. Entre estos inconvenientes, hay que destacar la inestabilidad que puede ocasionar a los menores la residencia en distintos domicilios y cuando entre un domicilio y otra hay una gran distancia, provocando al menor una situación de peregrinaje que puede afectar negativamente a su desarrollo emocional. Aquí hay que destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 1 de diciembre de 2003³⁶, donde esgrimía que *“el régimen de guarda y custodia compartida no podía acogerse, pues aunque la medida podría ser de satisfacción a los sentimientos de cariño de uno y otro progenitor hacia los hijos, comportaría para los menores un trastorno vivencial por las dificultades de adaptación, que el continuo cambio de hogar lleva consigo, con la consiguiente quiebra del principio del favor filii”*.

El segundo problema sería el grado de implicación de los progenitores en la evolución educativa y afectiva de los mismos, mediante la disciplina o mediante métodos de

³⁵ STSJ Cataluña 29/2008, de 31 de julio.

³⁶ SAP Albacete 283/2003, del 1 de Diciembre.

corrección, o bien por su mayor permisividad. Ello se acentúa con la mala relación entre los progenitores, dificultando la asunción de sus roles paternales y entorpeciendo la necesidad de llegar a acuerdos sobre decisiones vitales sobre el cuidado y educación de los menores. Esto también repercutiría en el bienestar de los menores³⁷.

En consonancia con todo lo anterior, llegamos a la conclusión de que las ventajas que tiene el régimen de guarda y custodia compartida son más numerosas cuantitativamente que sus inconvenientes, sin embargo lo que debe primar en cualquier situación, es el sistema que mejor se adapte al interés del menor y no podemos considerarlos como un premio o un castigo a cualquiera de los progenitores por su actitud en el ejercicio de la guarda con el menor.

3. REQUISITOS DE ATRIBUCIÓN.

En la actualidad, llama la atención la ausencia de criterios que sirven de guía para el Juez competente, esto en gran medida se debe a la multiplicidad de particularidades que existen en cada caso concreto.

Diversos estudiosos sostienen, que debe apreciarse caso por caso y analizar en detalle lo que es más conveniente para el menor, considerando que la generalización de la guarda y custodia exclusiva no era acorde con el enjuiciamiento del supuestos, atendiendo a las especiales características del caso concreto, permitiendo una cohesión de la guarda y custodia exclusiva con la compartida y que fuera el Juez quien la acordara, atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto³⁸.

Para evitar este problema a la hora de establecer la guarda y custodia compartida, en el Derecho Nacional, la Jurisprudencia de instancias inferiores y del Alto Tribunal han venido introduciendo una serie de criterios, como base para determinar si la guarda y custodia compartida debe ser el régimen de aplicación en el caso concreto, o por el contrario, se debe aplicar una guarda y custodia exclusiva. La importancia de cada uno de los criterios se deja a la valoración libre del Juez a la hora de decidir, el cual en el

³⁷ SAP Madrid 242/2006, de 25 de Octubre.

³⁸ AYERRA MICHELENA, KEPÁ, *“La generalización de la custodia compartida no permite enjuiciar cada caso según sus especiales características”*. Noticias Jurídicas. 11 de Julio de 2016.

caso concreto, determinara si se cumplen los criterios para fijar la guarda y custodia compartida, y su mayor o menor importancia en el caso presente.

3.1. Derecho Nacional.

En el Derecho Nacional, la Jurisprudencia ha sido muy variada, sin embargo, ha venido considerando como principales criterios a la hora de determinar si procede la guarda y custodia compartida los siguientes:

3.1.1. Interés superior del menor.

Se trata del principio básico inspirador de nuestro régimen jurídico a la hora de establecer el modelo de guarda y custodia. Tanto nuestro Código Civil³⁹, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁰ recomiendan este criterio, como el principal a la hora de fijar la guarda y custodia compartida. Este criterio también se denomina *favor filii* o *favor minoris*. Debido a su importancia, llega a considerarse como un principio general del Derecho y por tanto como fuente del ordenamiento jurídico español, según recoge el artículo 1 de nuestro Código Civil.

En su jurisprudencia, el Tribunal Supremo señala que la normativa respecto al interés del menor tiene características de orden público, teniendo que ser observadas por los jueces y tribunales en las decisiones que tomen sobre los menores.

El concepto de interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, por lo cual debe ser concretado en cada situación. Ello supone que el propio concepto sea determinado por el menor, por los progenitores o por el juez o el Ministerio Fiscal. Las opiniones sobre este concepto han sido variadas, pero su mayoría han estado de acuerdo con el concepto que establece ROMERO COLOMA⁴¹, al determinar que *“aunque gran parte de la doctrina se refiera al interés del hijo o a su beneficio, considero que la dicción correcta, la que mejor se ajusta a los parámetros que deben de regir en materia*

³⁹ Art. 92.8 Código Civil, “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

⁴⁰ STS 257/2013, de 29 de Abril.

STS 519/2017, de 22 de Septiembre.

⁴¹ MARTÍN MOLINA, A. “Cuestiones actuales sobre la custodia compartida”.
Revista Doctrinal de Doctrina y Jurisprudencia, Vol. 15, Mayo 2017.

de Derecho de Familia, es la del bienestar del hijo”. Es decir, la figura de bienestar como nivel de vida adecuado. Considerándose por todo ello, como la satisfacción de sus necesidades físicas, emocionales.

Este principio, aparece regulado tanto en las normas nacionales como internacionales que regulan las situaciones que afectan a los menores de edad. Estas normas son:

- Convención de Derechos del Niño de 1959, donde fue reconocido por primera vez este principio. Este principio supuso el primer gran consenso internacional sobre los principios fundamentales de los derechos del niño. En esta Convención también se determinó que todas las medidas concernientes a los niños que tomarán las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, debería atenderse al interés superior del menor.
- Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, recogiendo en su artículo 24.2 que *“en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor debería constituir en una consideración primordial”*.
- Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que surgió como preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección. Esta Ley va reflejando progresivamente, una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.
- Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Destacando principalmente, nuestra norma suprema como es la Constitución Española. En ésta, también se recoge la figura de la protección del menor, en su artículo 39, asegurando su protección por parte de los poderes públicos y exigiendo a los padres que presten asistencia de todo orden a sus hijos.

Conforme a este principio, todas las decisiones que deban adoptarse en relación al hijo menor de edad, deberán buscar siempre el interés de éste, esto quiere decir, que en estos

casos de conflicto conyugal, el interés de los hijos prepondera y el interés de los progenitores debe sacrificarse y ceder ante el interés superior del menor, como interés prevalente. En definitiva, el interés del menor es el límite y el punto de referencia para la atribución de la guarda y custodia compartida, analizando en cada caso, cual es la medida que protege mejor a los hijos, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias concurrentes de cada caso concreto.

Todo ello, era recogido por numerosa jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que establecía que el fin último de la norma era elegir el régimen de custodia que fuera más favorable para el menor y no como un premio o castigo a los cónyuges⁴².

También hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de Septiembre de 2017⁴³, donde determina que el concepto del interés del menor, “*en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara»*”⁴⁴. La expresión que utiliza la Jurisprudencia y Doctrina del Tribunal Supremo para interpretar y referirse al principio del interés del menor, es rotunda y clara: “*la razón se encuentra en que el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste*”⁴⁵. En el Fallo de la mencionada Sentencia, se declara como doctrina jurisprudencial que “*la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar...*”.

De forma rotunda, el Tribunal Supremo ha “petrificado”, tres requisitos necesarios en toda decisión que se tome sobre la custodia del menor:

- 1. El régimen de custodia más favorable para el menor.*
- 2. El régimen de custodia que más proteja su interés.*
- 3. El régimen de custodia que más bondad tenga para el menor*

⁴² STS 257/2013, de 29 de Abril.

⁴³ STS 518/2017, de 22 de Septiembre.

⁴⁴ STS 519/2017, del 22 de Septiembre.

⁴⁵ Fundamento de Derecho 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo 261/2012, de 27 de Abril”.

Debido a la importancia de este principio, todos los criterios de los que hablaremos posteriormente (edad de los hijos, mutuo respeto entre los progenitores etc...), siempre deben valorarse desde el punto de vista del interés superior del menor.

Para determinar la preponderancia del interés superior del menor y dictaminar lo precedente, hay que dar especial importancia a la prueba probatoria, que haga entrever que es lo más favorable para el menor. Por todo ello, habrá que realizar un esfuerzo probatorio por las partes, que lleven al juzgador al convencimiento de si la guarda y custodia debe ser compartida por ambos progenitores o exclusiva por uno de ellos.

En el caso concreto, entre la prueba que afecte al menor, y que permita decretar la solución idónea en función del interés del menor, hay que destacar:

1. Informe Pericial Psicosocial.

Consiste en un informe realizado por peritos especialistas (psicólogo y trabajador social), que cuentan con unos conocimientos científicos, artísticos o plásticos. Estos especialistas, examinan a los padres y a los hijos y emiten un dictamen objetivo e imparcial, sobre qué tipo de custodia recomiendan, teniendo en cuenta el interés superior del menor⁴⁶. En este proceso, este medio probatorio tiene una gran importancia, ya que en los procesos de familia, el juzgador no cuenta con los mecanismos suficientes ni el tiempo necesario para valorar cada caso, y al tratarse de una prueba llevada a cabo por especialistas en la materia, permite al juzgador tener un mayor conocimiento de causa. Por tanto podemos decir, que este dictamen de especialistas es la prueba fundamental de la que sirve el Juez para determinar en cada caso concreto las medidas que mejor favorezcan al interés del menor.

Este informe aparece recogido en el Código Civil, en su artículo 92.9, según el cual, *“el Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”*.

Esta prueba puede ser solicitada por ambas partes, incluso puede ser solicitada de oficio por el propio Juez.

⁴⁶ CUENCA ALCAINE, B. *“Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia”*. Noticias Jurídicas 2014.

En el desarrollo de esta prueba, no existe un método estándar ni taxativamente estipulado, siendo determinante el buen saber y entender de los psicólogos y de los trabajadores sociales que se reúnan en las entrevistas con los progenitores y con los hijos. Las entrevistas se podrán llevar conjuntamente o individualmente, según determinen los especialistas⁴⁷.

Por tanto llegamos a la conclusión, de que la actuación de los equipos especialistas que realizan esta prueba es meramente consultiva y sus informes no tienen carácter de acto administrativo. Este informe no tiene carácter vinculante y deberá ser valorado por el juez como un medio de prueba más. Sin embargo, en muchos casos este informe psicosocial va a ser determinante a la hora de dictaminar.

Sin embargo, no todo es positivo en estos dictámenes, sino que también son objeto de críticas, debido a determinados errores en la metodología de su trabajo, falta de objetivación, falta de tiempo para evaluar correctamente a todos los miembros de la familia, reducción en los tiempos a la hora de tomar la decisión y principalmente porque esta prueba se interpreta como una intromisión abusiva e intolerable en la intimidad más privada de la vida personal y familiar, no justificada por la credibilidad ni por el valor del informe⁴⁸. Finalmente, otro inconveniente radica en el enorme intervalo de tiempo que radica entre la evaluación y la ratificación del informe psicosocial ante el Tribunal⁴⁹.

2. Audiencia y exploración del menor.

La exploración judicial de los menores es una prueba que aparece recogida en nuestro ordenamiento jurídico. Viene regulada en los artículos 92.2 y 6 del Código Civil, 770.4 y 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, siendo además un derecho reconocido en numerosos Tratados Internacionales. Teniendo en cuenta los artículos anteriormente mencionados, se podría definir como el derecho que tienen los menores a ser oídos y escuchados, tanto en los procesos administrativos como judiciales en los que van a estar implicados (en su esfera personal, familiar o social) por las decisiones que se vayan a adoptar y que les

⁴⁷ GUERRERO, VERÓNICA, “¿En qué consiste una Prueba Psicosocial?”. Conflegal, 2016.

⁴⁸ Asociación Española de Abogados de Familia, “La prueba del informe psicosocial”. <http://www.asociacionabogadosfamilia.com/equipos-psicosociales/la-prueba-del-informe-psicosocial>

⁴⁹ Diario Jurídico, ¿Qué hay detrás del informe Psicosocial?. <https://www.diariojuridico.com/que-hay-detras-del-informe-psicosocial/>

puedan afectar. Esto se lleva a cabo, en respaldo de la protección del menor, siempre que estos menores posean suficiente juicio o madurez, que se entiende que existe cuando se tiene cumplidos los 12 años. Además, esta práctica no debe suponer un perjuicio para el menor⁵⁰.

Todo ello fue adscrito por el Tribunal Constitucional, el cual, en sentencia 22/2008, de 31 de Enero⁵¹, “*determinó que únicamente procederá cuando el menor haya alcanzado la madurez suficiente para formarse una opinión*”. También tendremos que destacar la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de Julio de 2015⁵², que establecía que “*cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio*”.

La exploración debería realizarse de forma adecuada a la situación del menor y al desarrollo evolutivo de éste, debiéndose preservar su intimidad, según recogía el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996. Por ello, el menor deberá recibir información idónea que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

El escenario judicial debe ser un lugar adecuado y cómodo, dando por el Juez una imagen de proximidad y confianza al menor para sentirse cómodo y poder expresar sus deseos sin ningún miedo. Esta exploración debe guardar los marcos de seguridad, intimidad y ausencia de presión, para salvaguardar la dignidad y personalidad del menor⁵³.

En la exploración, según recogía la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de Febrero de 1999, decía que “*la exploración consiste en una entrevista personal y exclusiva con el Juez y, en su caso, con el Fiscal*”. El

⁵⁰ DE LA FUENTE, PILAR, “*La exploración de los menores: la opinión de los hijos importa*”.

<https://www.domingomonforte.com/la-exploracion-de-los-menores-la-opinion-de-los-hijos-importa/>

⁵¹ Esta Sentencia del Tribunal Constitucional del 31 de Enero de 2008, también recogía la importancia del derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa de una persona, para evitar la causa de indefensión.

⁵² STS 472/2015, de 10 de Julio.

⁵³ PÉREZ GALVÁN, MARÍA, “*La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia*”, Diario La Ley nº8866, 18 de Noviembre de 2016.

Ministerio Fiscal, su presencia es obligatoria como defensor de los derechos e intereses de menores e incapacitados⁵⁴.

Respecto a todo lo recogido en la propia exploración del menor, tras una Sentencia novedosa del Tribunal Constitucional del 9 de Mayo de 2019, Cuestión de Inconstitucionalidad 3442/2018, disponía *“que el principio de contradicción y la igualdad de armas, exige la necesidad de entregar copia de la exploración a las partes con el fin de que puedan realizar las alegaciones correspondiente y defender el derecho del menor”*.

Además, la Sentencia, distingue dos momentos en las exploraciones:

1º).- La comparecencia ante el Juzgador, Fiscal y LAJ, momento crucial, en el que debe protegerse el derecho a la intimidad del menor.

2º).- El contenido del Acta que únicamente deberá tener las “manifestaciones del menor imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente.”

Con esta Sentencia novedosa, se permitía que las partes a la hora de defender sus posturas pudieran basarse en los aspectos fundamentales recogidos en el acta de la exploración del menor, sin que se causara indefensión a ninguna de las dos partes y sin que se violara los derechos fundamentales del menor, principalmente el derecho a la intimidad. Esto ponía de contexto, que se trataba de una prueba, y por ello no se podía ocultar a las partes intervinientes, sobre todo, cuando dicha prueba podría ser fundamental a la hora de tomar un veredicto.

3.1.2. Premisa del “mutuo respeto” entre los progenitores.

En este caso hay que mencionar que aunque la custodia compartida comporta una real implicación de los padres en la atención de los hijos, en todos los órdenes, tanto emocional, como física, como educativa etc..., hay que partir de la aptitud de ambos progenitores para ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia de los hijos. Por

⁵⁴ Artículo 3.7 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, *“Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”*.

tanto, se debe probar a lo largo del procedimiento la aptitud, voluntad e idoneidad de los progenitores para ejercer esa guarda y custodia de forma compartida⁵⁵.

Entre esta aptitud y capacidad de los progenitores para ejercer la guarda y custodia compartida, hay que mencionar la figura del mutuo respeto entre los progenitores para ejercer esa custodia. Se trata de un requisito de vital importancia a la hora de determinar si procede la guarda y custodia compartida del menor, ya que al existir conflictividad entre los propios progenitores, es un obstáculo de gran importancia para atribuir esa guarda y custodia, es decir, que haya una mala relación entre ellos.

La existencia de la alta conflictividad de los cónyuges para denegar la guarda y custodia compartida, se basa en que en la guarda y custodia compartida lleva implícita la necesidad de que los progenitores se pongan de acuerdo para tomar decisiones de vital importancia respecto a la vida diaria del menor. Este requisito del mutuo respeto aparece regulado en el artículo 92.6 del Código Civil, según el cual, *“antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”*. Este precepto no señala ninguna pauta de interpretación, quedando por tanto en manos del Juez la decisión sobre qué tipo de relación debe existir entre los progenitores para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida.

La mala relación entre los progenitores ha venido siendo una de las causas alegadas con más frecuencia por nuestros Tribunales a la hora de denegar el régimen de guarda y custodia compartida. En este caso, hay que destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 502/2009, del 21 de Julio de 2009, según la cual, *“no se acuerda la custodia compartida porque los padres priorizan el mantener el conflicto e interponer continuamente denuncias entre ellos que en buscar una solución para que la situación educativa, sanitaria, relacional, emocional y psicológica de su hijo sea ms favorable y positiva”*. También resulta ilustrativa, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla del 1 de abril de 2009⁵⁶, que no concede la custodia compartida

⁵⁵ SERRANO GARCÍA, JOSÉ A. *“La custodia compartida Aragonesa en la primer Jurisprudencia”*. Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza 2013, pág. 131.

⁵⁶ SAP Sevilla 180/2009, de 1 de Abril.

por la *“excesiva judicialización de las relaciones entre los progenitores y el elevado grado de conflictividad existente entre ellos”*. En estos casos, se destaca la alta conflictividad entre los progenitores, que produce una total incomunicación entre los ambos a la hora de tomar decisiones en la vida cotidiana del menor.

Dentro de la Jurisprudencia mayor, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de Julio de 2011⁵⁷, donde se determinó que *“las relaciones entre los cónyuges por si solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”*. Esta Sentencia confirmó la de la Audiencia Provincial que no acordó la custodia compartida en base a las malas relaciones existentes entre los progenitores. Por este mismo, el Tribunal Supremo en 2014 dictó una sentencia que denegaba la custodia compartida al declarar que *“la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de aptitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”*⁵⁸.

Además, en otra Sentencia del Tribunal Supremo, número 154/2012, de 9 de marzo, no se accede a la custodia compartida al declarar probado en la sentencia recurrida que las relaciones entre los progenitores eran conflictivas, pues solo se comunicaban por vía SMS.

Ahora bien, de un tiempo a esta parte, muchas resoluciones judiciales han venido a relativizar, ponderando en su justa medida el alcance y la virtualidad de la mala relación personal entre los progenitores. Esto es debido a que además de parejas que tienen una relación beligerante, hay otras parejas, que a pesar de cesar en su convivencia, no son violentas, y además tienen una comunicación fluida entre los progenitores.

A tenor de todo esto, podemos llegar a la conclusión de que la custodia compartida no resulta adecuada ni conveniente en supuestos de enfrentamiento y conflictividad extrema entre los progenitores, y ello ocurre especialmente cuando haya malos tratos, exponiendo al menor a un enfrentamiento, ponderando como interés superior de protección, el interés del menor. Aquí hay que aclarar, que la existencia de cualquier

⁵⁷ STS 579/2011, del 22 de Julio.

⁵⁸ STS 619/2014, del 30 de Octubre.

tipo de condena relacionada con un delito de maltrato va a condicionar el establecimiento del sistema de custodia compartida⁵⁹.

Por tanto, se exige que esa conflictividad entre los cónyuges afecte de manera perjudicial al interés del menor, como interés preponderante. Este factor de la mala relación entre los progenitores debe valorarse negativamente para fijar la guarda y custodia compartida, en la medida en que ambos no son capaces de adoptar decisiones de suma importancia que afectan a los hijos menores de edad.

En síntesis, hay que analizar cada caso concreto, estableciendo la relación entre los progenitores como un factor relevante e importante para fijar la guarda y custodia compartida, y siempre que esa mala relación afecte negativamente al bienestar de menor⁶⁰.

En la actualidad, a la hora de buscar una relación afectiva y real entre los progenitores y el menor, el derecho comparado nos ha aportado la figura de la coordinación de parentalidad, poco conocida en nuestro territorio. Este concepto consiste en que en las familias donde existe una alta conflictividad, se cuente con la intervención de una persona especializada en psicología evolutiva de la familia, en educación o trabajo social, teniendo acreditada habilidades como mediador en entornos judiciales complejos, así como experiencia en casos conflictivos. Este especialista puede acordarse de oficio por el Tribunal o también ser recomendado por los Equipos Técnicos, sin estar regulada en nuestro ordenamiento jurídico.⁶¹

3.1.3. Edad de los hijos.

La edad de los hijos es también un factor influyente para el juzgador a la hora de establecer si es procedente la guarda y custodia compartida, sobre todo cuando los hijos se encuentran en una edad muy temprana, por ejemplo si son lactantes (de corta edad o hasta los 3 años). La edad del menor también tiene una gran importancia a la hora de

⁵⁹ Artículo 92.7 CC, “no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

⁶⁰ PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y los factores para su atribución”. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Bogotá 2015, págs. 157-161.

⁶¹ GUIA PRÁCTICA SOBRE LA PRUEBA DE ESPECIALISTAS EN EL MARCO DEL PROCESO DE FAMILIA.

Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 2018.

establecer el régimen de visitas o estancias de los menores con el progenitor no custodio cuando se trata de una guarda y custodia exclusiva o con ambos progenitores cuando se determine que procede una guarda y custodia compartida.

Sin embargo, hay que aclarar que ni en nuestra jurisprudencia ni en la propia ley, no se establece una edad fijada para determinar que procede o que no procede fijar la guarda y custodia compartida, sino que se dejara a la libre elección del Juez en cada caso concreto. Esta disparidad de criterios se establece sobre todo cuando nos encontramos ante hijos lactantes, ya que para parte de la doctrina y cierta jurisprudencia (mayoritaria, aunque no absoluta), consideran que ello es causa suficiente para no contemplar la posibilidad de una guarda compartida, mientras que para otra parte de la doctrina (minoritaria), tal edad y circunstancia no es un ningún óbice para fijar con normalidad la medida de la guarda compartida⁶².

Sin embargo, a pesar de esta controversia, en nuestra jurisprudencia lo normal es que la edad temprana de los menores sea un factor relevante y favorable para la fijación de una guarda y custodia individual. Además, ello aparece plasmado en la Declaración de Derechos del Niño de 1959, al recoger en su principio VI, que *“el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, **no deberá separarse al niño de corta edad de su madre**. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole”*. Con este principio, en la Declaración se pretendió que fuera un derecho a favor del niño, consistente en no ser separado arbitrariamente de sus padres, y en especial, de su madre cuando tiene una corta edad y necesita unos cuidados atendiendo a su edad.⁶³

En nuestra jurisprudencia, encontramos sentencias contradictorias en el tema de fijar la guarda y custodia compartida de los menores lactantes. Por ejemplo, una Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, número 53/2015, del 18 de Febrero, fija una guarda y custodia exclusiva de la madre, eso sí, hasta el momento en que termine la

⁶² Revista Doctrinal LEFEBVRE, “Posibilidad de guarda y custodia compartida o régimen de visitas normalizado con hijos lactantes o de corta edad”.

ElDerecho.com <https://elderecho.com/posibilidad-de-guarda-y-custodia-compartida-o-regimen-de-visitas-normalizado-con-hijo-lactante-o-de-corta-edad>

⁶³ SALANOVA VILLANUEVA, MARTA, “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”. Derecho Privado y Constitución, nº7 Septiembre-Diciembre 1995, págs 231-250.

lactancia materna. Esta y otras sentencias que fijaban la guarda y custodia exclusiva, se basan en el argumento de que debido a la corta edad del menor, resultaba conveniente que la responsabilidad de la guarda la ejerciera la madre, dado que esta puede ejercer las funciones parentales mejor que el padre.

En la otra corriente que daba preferencia a fijar la guarda y custodia compartida, tenemos que destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, del 13 de marzo de 2015, que acordó la guarda y custodia compartida, basándose en que *“a partir de los 6 meses la alimentación mediante leche materna es complementaria. Puede ser sustituible por leche adaptada o realizarse a través de un banco de leche sin ningún perjuicio para el menor”*. En esta misma línea, hay que destacar también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba del 8 de Junio de 2016, al establecer que *“no cabía duda de que la edad del menor es un elemento a tener en cuenta a la hora de optar por el sistema de custodia compartida y de que dicha circunstancia puede ser subjetivamente valorada de forma diversa, pero lo cierto es que incluso estando en dicho período de lactancia materna, ha habido resoluciones tales como la SAP de 19 de junio de 2013, que han optado por el sistema de custodia compartida cuando dicha lactancia estaba inmediatamente próxima a su finalización”*.

Estas sentencias que son proclives a establecer la guarda y custodia compartida de hijos en edades tempranas, se basan en la figura del interés del menor, al considerando que ese interés abarca el compartir el máximo tiempo posible tanto con una madre como un padre, alegándose también, que la guarda y custodia compartida es aún más necesario en edades tempranas, al tener menos desarrollada la memoria el menor a largo plazo y se correría un riesgo de que se produjera un retroceso en las relaciones.

La figura de la corta edad de los menores, también tiene influencia a la hora de fijar el régimen de visitas del progenitor no custodio, ya que cuando nos encontramos ante niños lactantes, dada su dependencia respecto a la figura materna, en la práctica la mayoría de los Juzgados no suelen acordar la pernocta del menor con el progenitor no custodio, y las estancias con este, suelen ser periodos breves. Por tanto, suele ser un sistema de visitas cortas pero frecuentes en el tiempo, aumentando las visitas progresivamente conforme el menor vaya teniendo una mayor edad.

Por todo ello, llegamos a la conclusión de que cuanto menor edad tengan los hijos, más dificultoso o complicado será poder adoptar un régimen de guarda y custodia

compartida, en contra, cuanto mayor sea la edad de los menores, más fácil será fijar una guarda y custodia compartida⁶⁴.

3.1.4. Ubicación de los domicilios de los progenitores.

Otro de los criterios que se fija en la jurisprudencia para establecer una guarda y custodia compartida es la proximidad de los domicilios de los progenitores, ya que por ejemplo una gran distancia entre las viviendas de los progenitores haría muy difícil, o casi imposible, llevar a cabo el ejercicio normalizado de la guarda y custodia compartida. Este problema se acentuaría, cuando los progenitores tienen sus viviendas en diferentes ciudades e incluso países.

Habitualmente, se ha puesto de manifiesto que la guarda y custodia compartida, produciría un perjuicio al menor por su continuo peregrinaje de una vivienda a otra, produciéndole un continuo cambio de costumbre, repercutiendo en sus relaciones con su familia, amigos etc..., perdiendo una referencia estabilizadora⁶⁵. Además, el perjuicio que se causa al menor no solo en el ámbito del hogar familiar, sino en su ámbito escolar (escasez de rendimiento escolar, mala relación con compañeros etc...). Además de todo ello, además también se les genera unos sentimientos de inseguridad e inestabilidad permanente.

Por consiguiente, los hijos en la custodia compartida deben mantener un referente estabilizador del entorno habitual del menor, si este entorno no se mantiene mínimamente, estaremos ante un caso donde no se podrá alegar nada a favor del dictamen de una guarda y custodia compartida. Por todo ello, la proximidad física de los domicilios de los progenitores garantiza para el menor unas referencias vitales, así como un mantenimiento del entorno habitual del menor. Además, con esta proximidad entre los domicilios de los progenitores se permite que el menor mantenga sus amistades, que vaya al mismo colegio, es decir, que haga su vida diaria de forma normalizada, sin causarle ese sentimiento de desapego o pérdida, que le produciría en función de su edad un gran problema. En determinados casos, a pesar de la lejanía de los domicilios de los progenitores, incluso cuando están en diferentes ciudades o países, se permite establecer una guarda y custodia compartida, siempre que nos encontremos ante un divorcio de mutuo acuerdo y haya habido consenso y acuerdo entre los progenitores, estipulando

⁶⁴ ANDRADE PINTO, CRISTOBAL, op.cit. 169-171.

⁶⁵ SAP Barcelona, de 29 de septiembre de 2006, SAP Huelva nº 196/2013, de 27 de Octubre de 2013.

todo ello en un Convenio Regulador. En casos de divorcio contencioso, la gran lejanía entre los domicilios, hace inviable la fijación de una guarda y custodia compartida.

Nuestra Alto Tribunal, en recientes resoluciones, matiza que lo importante no es la distancia física y material entre los domicilios, sino si dicho problema afecta a la estabilidad e interés del menor⁶⁶. En la sentencia del Tribunal Supremo 94/2010, de 11 de marzo, se entiende que *“la deslocalización no debe ser un motivo en sí mismo para negar el establecimiento de la guarda y custodia compartida, entendiendo que los cambios de domicilio son una consecuencia inherente a este tipo de guarda”*. Con estas sentencias, se llega a la conclusión de que para denegar la fijación de la guarda y custodia compartida basándonos en la distancia entre los domicilios de los progenitores, se debe motivar cómo esa distancia, afecta negativamente al interés superior del menor.

En las Audiencias Provinciales, hay que destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia número 8823/2013, del 11 de Diciembre de 2013, donde alega a favor de la guarda y custodia compartida que *“los inconvenientes prácticos derivados de la distancia entre los domicilios resultan compensados con la ventaja de que la este con ambos progenitores”*. En una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 155/2013, de 18 de Abril considera igual que el Alto Tribunal que la distancia entre los domicilios de los progenitores no es fundamental para no fijar una guarda y custodia compartida, basándose en que *“el perito no ha considerado un obstáculo insalvable la distancia entre los domicilios donde se desarrolla la convivencia. El hecho de alternar la residencia en municipios distintos no ha de implicar un cambio de hábitos, relaciones de amistad, familiares etc..., mayor que el que podrían experimentar si vivieran de forma permanente en una gran ciudad., relaciones de amistad, familiares etc..., mayor que el que podrían experimentar si vivieran de forma permanente en una gran ciudad”*.

Con todas estas sentencias, que son proclives a establecer una guarda y custodia compartida siempre que la distancia entre los domicilios no sea insalvable, se basan además de en el interés superior del menor, en el fomento de la coparentalidad, permitiendo a los hijos seguir contando de forma real con su padre y su madre, sin causarles ese sentimiento de desapego o pérdida.

⁶⁶ STS 623/2009, del 8 de Octubre.

3.2. Derechos Forales.

El estudio de la figura de la guarda y custodia compartida en nuestro territorio nacional, hay que dividirlo entre aquellas Comunidades Autónomas que se rigen por el Derecho Común aplicable a la generalidad de los casos (Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil), y otras Comunidades Autónomas que tienen su Derecho Civil propio, y es el que aplican. Estas Comunidades (Aragón, Cataluña, Navarra, Comunidad Valenciana y País Vasco) con su propio Derecho Civil, han desarrollado legislación propia sobre la figura de la guarda y custodia compartida.

La existencia de esta singularidad en determinadas regiones, ocasiona que haya ciertos matices y diferencias a la hora de legislar sobre la materia de la guarda y custodia compartida. A pesar de estas diferencias, la principal similitud entre el régimen común y el régimen foral, es el requisito del interés superior del menor a la hora de determinar la atribución de la guarda y custodia compartida.

En esta regulación propia, hay dos vertientes bien diferenciadas: por un lado, encontramos las Comunidades Autónomas de Aragón y Comunidad Valenciana, que han dado preferencia, en determinados casos excesiva, a la aplicación de la guarda y custodia compartida, siempre que no haya acuerdo o pacto entre las partes, mientras las Comunidades Autónomas de Cataluña y Navarra, son más austeras a la hora de la aplicación de la guarda y custodia compartida, ya que no la consideran como medida preferente, aunque no haya consenso entre las propias partes. Además, se dan muchas más diferencias y peculiaridades de las que hablaremos posteriormente, a la hora de desarrollar individualmente cada uno de los regímenes forales.

Por todo ello, llegamos a la conclusión de que la promulgación de estas regulaciones especiales autonómicas, pueden ser un buen punto de partida para poder reformar nuestro Código Civil, e ir actualizándolo a las diferentes situaciones problemáticas que se dan en cada región autonómica.

3.2.1. País Vasco.

En esta Comunidad Autónoma, el 12 de Abril de 2011 se presentó una iniciativa legislativa popular de corresponsabilidad parental y relaciones familiares en caso de ruptura de la convivencia de matrimonios con hijos o sin ellos. Esta iniciativa dio lugar

a la aparición de Ley 7/2015, de 30 de Junio⁶⁷, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Esta Ley, como “costumbre”, perdiendo el miedo a la figura de la guarda y custodia compartida, nos hizo pasar de una inexistencia de esta figura, a una situación, que tras esta Ley y en los últimos tiempos, ha producido una aplicación preferente de la guarda y custodia compartida⁶⁸, es decir, con esta medida el legislador vasco prioriza la aplicación de la guarda y custodia compartida, en caso de falta de acuerdo entre los progenitores.

Esta Ley, en su exposición de motivos, se basa en la conjugación de una serie de principios:

1. Corresponsabilidad parental, consistente en que ambos progenitores actúen de forma igualitaria en el cuidado y educación de sus hijos.
2. Derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida, es decir, a que crezcan y vivan con ambos progenitores tras la ruptura de estos, siempre que cualquiera de los progenitores lo solicite y sea adecuado al interés superior del menor.
3. Derecho de la persona menor de edad a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio y con la familia extensa de ambos.
4. Igualdad entre hombres y mujeres. Dialogo, respeto e igualdad entre ellos.

Con estos principios, llegamos a la conclusión, que en esta Ley lo que se pretende es dar una preferencia de aplicación a la guarda y custodia compartida, siempre que ella fuera la más beneficios para el interés superior del menor, independientemente de la oposición de cualquiera de los progenitores a ese sistema de guarda y custodia compartida, ni incluso la mala relación entre ellos.⁶⁹. Sin embargo, según el artículo 9.3 de la Ley 7/2015, se exige que la guarda y custodia compartida sea solicitada por alguno de los cónyuges, para su posterior implantación por el Juzgador. Esta petición de parte para aplicarse la guarda y custodia compartida generó dos corrientes contrapuestas, entre los que consideraban que era imposible acordar la custodia compartida de oficio

⁶⁷ Publicada en el Boletín Oficial del País Vasco, nº129, de 10 de Julio de 2015.

⁶⁸ AYERRA MICHELENA, KEPA, “Derecho Civil Vasco de Familia”. Thomson Reuters, Pamplona Julio 2016, pág. 126.

⁶⁹ Artículo 9.2 Ley 7/2015, “La oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor”.

por el Juez⁷⁰ y otra corriente, que hacia una interpretación más flexible del precepto, considerando que el Juez podía acordarla en un procedimiento contencioso, aunque ninguna de las partes lo hubiera solicitado.

Dentro de la Jurisprudencia, hay sentencias que se posicionan a favor de la imposibilidad de acordar la guarda y custodia compartida de oficio por el Juez, destacando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de mayo de 2009⁷¹, donde en primera instancia se acuerda custodia exclusiva materna, pero posteriormente se recurre en apelación por el padre y se mantiene la medida de instancia, al considerar la Audiencia, *“en el presente caso, ambos litigantes reivindican para sí la guarda y custodia, prueba evidente de su desacuerdo; y el Ministerio Fiscal tampoco ha solicitado expresamente que la guarda y custodia se comparta”*.

A pesar de esta postura, el Tribunal Supremo, en numerosas Sentencias no exige el requisito de la previa petición, destacando principalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7257), donde se dice que *“en este caso, la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92, vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación, al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que, aunque no se haya pedido la medida, el tribunal hubiera podido acordarla, si ello hubiera beneficiado dicho interés”*.

Sin embargo, para algunos autores, esta aplicación preferente por una guarda y custodia compartida no era beneficiosa. Por ejemplo, KEPA AYERRA MICHELENA consideraba, *“habría que evitar intentar pasar de una custodia exclusiva materna general, cercano a incuestionable, a un sistema de guarda y custodia compartida general, en idénticos términos. Ello supondría que el automatismo que ha existido durante años respecto de la custodia materna, y que, en mi opinión no era positivo, se produciría en la custodia compartida, lo que tampoco sería positivo”*⁷².

Por todo ello, se consideraba, que nunca se debería hablar de esa preferencia de la guarda y custodia compartida, sino que la custodia compartida y la exclusiva deberían ser regulada en nuestro ordenamiento en igualdad de condiciones, y el Juez pudiera

⁷⁰ RIVERA ÁLVAREZ, JOAQUÍN MARÍA, *“La custodia compartida impuesta por el juez a solicitud de uno de los padres: una realidad excepcional en las crisis matrimoniales: el párrafo octavo del art. 92 CC”*, TENA PIAZUELO, ISAAC, *“La guarda y custodia compartida y las nuevas relaciones de familia”*.

⁷¹ SAP de Vizcaya, de 22 de Mayo de 2009 (jur 2009/344829).

⁷² AYERRA MICHELENA, KEPA, op.cit, pág. 127.

optar por cualquiera de ellas, atendiendo al caso concreto, y a la medida que favorezca más al interés del menor.

Para fijar esta guarda y custodia compartida, la Ley 7/2015 exige que se ponderen una serie de criterios tenidos en cuenta en la Jurisprudencia del Alto Tribunal⁷³. Estos motivos son, el número de hijos, su edad, su opinión, el cumplimiento por parte de los progenitores en relación con sus hijos, la ubicación de las residencias habituales, el arraigo social, escolar etc...

Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta, no para la fijación o no de una guarda y custodia compartida, sino para elegir entre la exclusiva o la compartida, y tras elegir cualquiera de las dos, determinar cuál va a ser su forma de ejercerla.

El problema de la atribución de la vivienda familiar en caso de guarda y custodia compartida, en esta Ley, existe una tendencia a que el uso del domicilio familiar fuera atribuido por periodos alternos por ambos progenitores, incluyendo el legislador la posibilidad de atribuirse al progenitor que tuviera más dificultades de acceder a una vivienda, siempre salvaguardando el interés del menor⁷⁴.

En este Derecho Foral, igual que en el catalán que posteriormente desarrollaremos detalladamente, existen la figura de los pactos en previsión de ruptura de la convivencia, consistentes en acuerdos entre los progenitores antes de contraer matrimonio o una vez ya hayan contraído matrimonio, donde se regula las consecuencias personales y económicas de un supuesto divorcio o separación, es decir, sería como un convenio regulador con todas sus cláusulas y acuerdos, pero elaborado de forma anticipada al divorcio.

Finalmente, esta Ley también intenta dar un gran impulso a la mediación familiar, permitiendo que los progenitores sometan voluntariamente sus discrepancias a dicho método extrajudicial de solución de conflictos, establecido obligatoriamente la mediación cuando así lo hubieran pactado expresamente las partes antes de la ruptura.

⁷³ STS, de 8 de Octubre de 2009 (RJ 2009/4606), STS, de 10 de Marzo de 2010 (RJ 2010, 2329), STS de 29 de Abril de 2013 (RJ 2013, 3269).

⁷⁴ Artículo 12.4 Ley 7/2015, *“Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas”*.

3.2.2. Aragón.

Con respecto a Aragón, hay que destacar que fue la primera Comunidad Autónoma que legisló sobre la figura de la guarda y custodia compartida. La ley que regula sobre esta figura es la Ley 2/2010, de 26 de Mayo, aprobada por las Cortes de Aragón, sobre igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Sin embargo, esta Ley fue derogada el 22 de marzo de 2011, ya que el Gobierno de Aragón, en esa fecha, aprobó una de sus leyes forales, concretamente el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas otorgándole el título de Código de Derecho Foral de Aragón⁷⁵. Esta Ley, igual que la del País Vasco, establece como norma preferente la aplicación de la guarda y custodia compartida sobre la exclusiva. Es más, en su preámbulo esta Ley recoge literalmente, *“la presente regulación, respondiendo a una importante demanda social, supone un cambio en el esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares”*. Posteriormente menciona, que este carácter de preferencia de la guarda y custodia compartida, siempre se lleva a cabo favoreciendo el mejor interés del menor y promoviendo la igualdad entre los progenitores. También se recoge en la Ley, que *“la principal medida que se adopta en la Sección es considerar la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuera lo más conveniente”*.

Con todo ello, llegamos a la conclusión de que por norma general se atribuirá la guarda y custodia a ambos progenitores, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor. Con esta norma, se elimina la excepcionalidad de la guarda y custodia compartida⁷⁶, y será el propio juzgador, el que determine el sistema más conveniente, atendiendo al interés superior del menor. Esta Ley establece un marco flexible para que el Juez pueda valorar todas las circunstancias que concurren en el caso concreto y decida el régimen de convivencia de cada progenitor en interés de unas adecuadas

⁷⁵ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código de Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las Leyes Civiles aragonesas.

⁷⁶ Artículo 92.8 del Código Civil, *“excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*.

relaciones familiares. Sin embargo, también se prevé la aplicación de la guarda y custodia exclusiva, siempre que fuera lo más conveniente para el menor.

Con la aplicación preferente de esta guarda y custodia compartida se busca, según recoge la propia Ley, *“un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación”*.

En su artículo 80, este Código de Derecho Foral de Aragón, prevé que cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, puedan solicitar al Juez la guarda y custodia compartida de los hijos. En caso de que el juzgador fijara esa guarda y custodia compartida, se establecerá un régimen de convivencia de cada uno de los progenitores con sus hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, permitiendo a estos progenitores ejercer sus derechos y obligaciones en situaciones de igualdad. En cambio, si el Juez acuerda establecer una guarda y custodia exclusiva, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor, garantizándole el ejercicio de sus funciones de autoridad familiar.

El juez a la hora de acordar una forma de guarda y custodia u otra, deberá motivar su decisión, teniendo en cuenta una serie de factores como la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de ellos, la opinión de los hijos, la aptitud y voluntad de los progenitores, la conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y cualquier otra circunstancia relevante.

El juez a la hora de fundamentar su decisión, deberá basarse en todo tipo de prueba documental, dando importancia a la prueba de especialistas como pudieran ser determinados informes médicos, sociales o psicológicos, relativos a la idoneidad del ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia, evitando la separación de los hermanos. La negación de cualquiera de los progenitores a fijar la guarda y custodia compartida, no puede ser fundamentación del Juez para no admitir la guarda y custodia compartida, ya que a la hora de decidir el juzgador debe ponderar el interés superior del menor.

La similitud del Código Foral de Aragón respecto al Código Civil común, es que no se podrá acordar la guarda y custodia exclusiva o compartida, cuando cualquiera de los progenitores este incurso en un proceso penal o haya indicios fundados de violencia doméstica o de género. Hay doctrina, que considera que la regulación del artículo 80.6 del Código de Derecho Foral de Aragón, se trata de una regulación preventiva, ya que se privara al progenitor que este incurso en un proceso penal por violencia intrafamiliar,

cuando el juez aprecie indicios fundados de violencia de género o doméstica. Este artículo solo se aplica durante la tramitación del procedimiento penal, ya que si la sentencia penal no condena al investigado, no es causa para no aplicar la regla general de la guarda y custodia compartida.

Con respecto a la problemática de atribuir la vivienda familiar en caso de guarda y custodia compartida, como regla general, se va a atribuir al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultades de acceso a una vivienda. En caso, de que nos encontremos ante una situación de igualdad económica de los progenitores, será el Juez el que decida la atribución de la vivienda, según el mejor interés para las relaciones familiares.

El Código también hace referencia a la pensión de alimentos, como “*gastos de asistencia a los hijos*”, donde ambos progenitores contribuirán a los gastos de asistencia de sus hijos, en función a sus recursos económicos, diferenciando entre gastos ordinarios o gastos extraordinarios de los hijos, igual que en el Código Civil común.

En definitiva, con este Código, lo que se pretende es favorecer la aplicación de la guarda y custodia compartida, pero correspondiendo al Juez decidir el régimen más adecuado, de acuerdo al interés superior del menor. Por todo ello, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha ido endureciendo las condiciones para fijar la guarda y custodia exclusiva, gozando de presunción “*iuris tantum*” la custodia compartida, utilizando unos medios probatorios que deben ser capaces de destruir esa presunción. En esta fase probatoria, los informes periciales de parte son muy difíciles de introducir en el procedimiento u los informes de Gabinetes adscritos a los Juzgados, en muchas ocasiones carecen de rigor científico, por falta de tiempo o falta de formación. Todos estos informes de parte se están impidiendo, salvo que haya un mutuo acuerdo entre las partes para presentarlos⁷⁷.

Sin embargo, a pesar de todo lo anteriormente mencionado, en fechas recientes las Cortes de Aragón han aprobado la Ley 6/2019, de 21 de Marzo, donde se suprimió la preferencia legal de la custodia compartida impuesta por el artículo 80.2 del Código del Derecho foral de Aragón. Este sistema de preferencia, se ha sustituido por un sistema de libre determinación judicial del régimen de custodia, teniendo en cuenta el interés del menor, introduciéndose como factor novedoso, la dedicación o cuidad del progenitor a sus hijos durante el periodo de convivencia. Es decir, con esta modificación no se

⁷⁷ GONZALO VALGAÑÓN, ALTAMIRA, “Encuentro de Jueces con abogacía especializada en derecho de familia”. Asociación de Mujeres Juristas Themis, Madrid, Octubre 2015.

prioriza ninguna modalidad de custodia, correspondiendo al juzgador determinar, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, el régimen de custodia que sea más preferible al interés superior del menor⁷⁸.

3.2.3. Cataluña.

En Cataluña, la regulación de la figura de la guarda y custodia compartida, o de la guarda compartida, que es como se expresa en este territorio, se llevó a cabo a través de la Ley 25/2010, de 29 de Julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña⁷⁹, relativo a la persona y a la familia.

En este Código se introduce la novedad, de modificar el término de custodia compartida por el de responsabilidad parental compartida. Este concepto, recogido expresamente en el artículo 233-8 del Código Civil catalán, nos viene a decir, que la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial hace que las responsabilidades de los progenitores se mantengan hacia sus hijos, y que en la medida de lo posible, deben ejercerse compartidamente. Con esta expresión, podemos llegar a la conclusión que lo que nos quiere transmitir este Código, es que las decisiones que adopten los progenitores, siempre sea en beneficio de los menores.

La segunda idea que nos expresa este artículo, es que para que los progenitores puedan ejercer esa responsabilidad parental, se les exige que presenten propuestas de plan de parentalidad.

Este plan de parentalidad, aparece expresado en el preámbulo III, apartado c) del propio Código y en especial, en su artículo 233-9. En el preámbulo, se dice literalmente *“toda propuesta de los progenitores sobre esta materia debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad, que es un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la*

⁷⁸ LÓPEZ AZCONA, AURORA y PICONTO NOVALES, TERESA, “breves reflexiones sobre el cambio de régimen de custodia de los hijos menores en Derecho aragonés”.

<https://idibe.org/tribuna/breves-reflexiones-cambio-régimen-custodia-los-hijos-menores-derecho-aragones/>

⁷⁹ Boletín Oficial del Estado nº203, de 21 de Agosto de 2010.

ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten”. Por todo ello, este plan de parentalidad tiene la finalidad de concretar la forma en que ambos progenitores van a ejercer las responsabilidades parentales. Entre los puntos que debe recoger este plan de parentalidad, hay que destacar el lugar donde vivirán los hijos, las formas en que debe hacerse los cambios en la guarda, el régimen de estancias de los hijos, el tipo de educación y las actividades extraescolares etc... En este plan de parentalidad, las partes también pueden expresar su compromiso de utilizar la figura de la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan.

A pesar de todo ello, si este plan de parentalidad no llega a ser aprobado o no existe acuerdo entre los progenitores, el Juez será el encargado de establecer el modo en que deberá ejercitarse la custodia de los hijos. Con todo ello, podemos decir que es el Juez el que decide en caso de falta de acuerdo entre los progenitores, teniendo en cuenta a la hora de atribuir la guarda y custodia a ambos o a uno solo de los cónyuges, según el interés superior del menor.

Además de todo ello, en el Preámbulo III apartado c), se dice que *“se abandona el principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro”*, para continuar diciendo que *“la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. La igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos”*. A pesar de toda esta preferencia por la fijación de la guarda y custodia compartida, se establece que a pesar de todo lo anteriormente mencionado, sea la autoridad judicial la que deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto y en función del interés concreto de los hijos.

En resumen, el propio Código catalán no establece de forma expresa que la custodia compartida sea la opción preferente, sino que será la autoridad judicial la que tenga que decidir en función de las circunstancias de cada caso y del superior interés del menor.

En el último apartado del artículo 233-10, permite que la autoridad judicial, pueda encomendar la guarda a los abuelos, o a otros parientes o personas más próximas, o incluso a alguna institución, para que se encargue de la tutela del menor. Esto se

establece, en caso de que se haya suspendido a cualquiera de los progenitores del ejercicio de su potestad parental.

Para determinar que guarda y custodia era más beneficiosa para el menor, se establecen por primera vez los criterios en los que puede basarse el Juez para determinar una u otra forma. Entre estos criterios, hay que mencionar la vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores, la aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos, la actitud de cada uno de los cónyuges para cooperar con el otro, el tiempo que cada uno de los cónyuges hayan dedicado a la atención de los hijos antes de la ruptura, la opinión expresada por los hijos⁸⁰, los acuerdos en previsión de ruptura y la situación de los domicilios.

En la Jurisprudencia, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del 22 de mayo de 2014⁸¹, donde se denegó la custodia compartida de acuerdo a los criterios de la colaboración y entendimiento de los progenitores en el cuidado, a la disponibilidad horaria del actor para atender a sus hijas y el deseo expreso de las menores de mantener la custodia exclusiva.

Además de los criterios anteriormente mencionados, este mismo artículo también menciona la preferencia de no separar a los hermanos y en no atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. Tampoco, cuando existan indicios fundamentados de que han cometido actos de violencia familiar o machista.

Hay numerosa Jurisprudencia sobre la no admisión de la guarda y custodia compartida, en caso de que exista conflictividad entre los progenitores, destacando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del 1 de Diciembre de 2014⁸², donde se decreta la improcedencia de la guarda y custodia compartida debido a la *“existencia de una conflictividad extrema y de actos de violencia machista. Además, entre los progenitores existe una conflictividad extrema que incide directa y negativamente en la menor afectando al interés superior de la misma”*.

Finalmente, respecto a la atribución de la vivienda familiar, se estará a lo que hayan acordado las partes en cuanto a la distribución de su uso por determinados periodos alternos. En caso de falta de acuerdo, el artículo 233-20 3º del Código Civil de Cataluña

⁸⁰ Artículo 211.6 2º Código Civil Catalán, *“el menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado”*.

⁸¹ STSJ de Cataluña nº36/2014, de 22 de Mayo.

⁸² STSJ de Cataluña nº 102/2014, de 1 de Diciembre.

establece que la autoridad judicial deberá atribuir su uso al cónyuge más necesitado de protección.

3.3. Breve referencia a la Doctrina del Tribunal Supremo y de Instancias inferiores.

En nuestra Jurisprudencia, a la hora de establecer la aplicación de la guarda y custodia compartida, se basan en que el régimen que se elija, debe ser el que resulte más favorable para los menores y en interés de ellos. Así lo dispone la Doctrina del Tribunal Supremo, exigiéndose el régimen que mejor proteja el interés del menor, el que más favorable sea para éste y el que mayor bondad tenga para los menores.

Entre las Sentencias de nuestro Alto Tribunal, hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, Ponente Don Eduardo Baena Ruiz, de fecha 27/06/2016, nº 433/2016, estableciendo como normal general la guarda y custodia compartida, al dictar en su Fundamento de Derecho 2º, *“la guarda y custodia compartida relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al menor. En esencia en esta se consagra como régimen normal incluso deseable, siempre que ello sea posible, y en tanto en cuanto lo sea”*. Además, en su Fundamento de Derecho 4º, expresa de forma literal que, *“ la Sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS 4 de febrero de 2016⁸³; 11 de febrero de 2016⁸⁴ y 9 de marzo de 2016⁸⁵, entre las recientes) ya que con dicho sistema (SSTS 25 de noviembre de 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre 2015 y 17 de marzo de 2016, entre otras):(i)Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.(ii) Se evita el sentimiento de pérdida.(iii) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.(iv) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Por tanto, no tiene sentido, con la jurisprudencia de la Sala sobre la materia, cuestionar la bondad objetiva del sistema”*.

⁸³ STS nº 33/2016, de 4 de Febrero.

⁸⁴ STS 55/2016, de 11 de Febrero.

⁸⁵ STS 139/2016, de 9 de Marzo.

Esta sentencia continua estableciendo que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser lo normal y deseable, ya que este régimen permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible.

Otra sentencia a destacar es la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de Febrero de 2017, recurso 2930/2015, Ponente Don Francisco Javier Arroyo Fiestas, que determina que la guarda y custodia compartida debe establecerse siempre que no haya motivo que la desaconseje, pretendiéndose aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizando la posibilidad de los padres de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, siendo ello lo más beneficioso para los menores. Aclarando literalmente esta sentencia que *“por tanto, no constando causa que desaconseje el sistema de custodia compartida, procede establecerlo, de acuerdo con el artículo 92 del Código Civil”*.

A pesar de estas Sentencias, hay parte de la Jurisprudencia tanto del Alto Tribunal, como de instancias inferiores que no dan carácter preferente a la aplicación de la guarda y custodia compartida, y exigen que haya un estudio, interpretación, análisis y valoración de los hechos, probados de la realidad existente, siendo ese el camino para decidir sobre la elección del régimen de custodia.

En esta corriente doctrinal encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo nº 515/2015 de fecha 15 de Octubre de 2014, donde en su Fundamento de Derecho 5º se menciona explícitamente, *“ la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, sin que el Tribunal pueda decidir sobre la convivencia general o no de esta forma de protección de los hijos en los casos de ruptura matrimonial de sus padres, salvo si ello es conveniente para ellos en este momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”*.

El Tribunal Supremo exige y dispone que es necesario y analizar las circunstancias que se den en cada caso concreto, tras ello, que se decida en protección y garantía del interés del menor que tipo de guarda y custodia debe concederse.

En instancias inferiores, hay que destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya nº 522/2013, del 30 de Septiembre de 2013, donde se dice que para fijar la guarda y custodia hay que atender a una serie de elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en esa familia, buscando lo que sea mejor para los menores, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo en cuenta necesidades como la atención, el cariño, la alimentación, la educación. En estos casos, los Tribunales deben indagar cual es el verdadero interés del menor, es decir, aquello que le resulta más beneficioso, no solo a corto plazo, sino en el futuro. Otra Sentencia de relativa importancia, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, del 20 de Mayo de 2016, con nº de recurso 427/2015, donde se dice que, *“esta problemática relativa a la custodia debe resolverse en atención al artículo 92 del Código Civil y a Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que “en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación”*. Por todo ello, llegamos a la conclusión de que el Tribunal Supremo impone y exige a los Tribunales que busquen el sistema de guarda y custodia que mejor proteja al interés del menor, y que sea lo más beneficioso para él en ese momento⁸⁶.

4. REGULACIÓN COMUNITARIA.

En el territorio comunitario, la regulación de la figura de la guarda y custodia compartida difiere mucho de unos países a otros, pero en todos ellos se tiene un objetivo común, que es alcanzar la corresponsabilidad parental, introduciendo la custodia compartida. La institución de la guarda y custodia compartida es la más clara expresión de corresponsabilidad parental, que desde la normativa internacional y comunitaria, se

⁸⁶ STS nº 750/2015, del 30 de Diciembre de 2015.

está intentando impregnar los diferentes ordenamientos jurídicos internos, en lo que al Derecho de Familia propiamente se refiere⁸⁷.

Por todo ello, aunque se diga que en el ámbito comunitario, la terminología y los sistemas legales no son homogéneos, puede mencionarse que solo hay seis países⁸⁸ en toda la Unión Europea, que en sus leyes hablen explícitamente de la guarda y custodia compartida. Entre los rasgos que comparten estos países hay que destacar:

1. La guarda y custodia compartida se puede establecer mediante convenio por los progenitores, el cual debe estar homologado judicialmente, y siempre que no vulnere el principio de *“favor filii”*.
2. En países como Francia o España se puede decretar judicialmente la atribución de la guarda y custodia compartida.
3. Solo en Bélgica se ha configurado una guarda y custodia por periodos alternos.
4. Se introduce la figura de la mediación, la cual la atribución de los conflictos familiares a esta técnica se recomienda, por parte de los Jueces, pero no se impone.
5. La audiencia del menor se contempla en todos los ordenamientos jurídicos de estos 6 países.

Antes de entrar a detallar de forma individual alguno de los países del ámbito comunitario, hay que destacar en el ámbito internacional a países como Estados Unidos, donde hay una clara importancia a los acuerdos entre los progenitores para resolver estos problemas, minimizando la intervención judicial, haciéndose respetar la vida privada familiar. La figura de la mediación y la intervención de expertos es muy criticada. En caso de que estuviéramos ante una dejación de funciones por alguno de los progenitores o por ambos, o haya un conflicto abierto de tal magnitud que hiciera imposible el acuerdo entre ellos, la figura del Juez adquiere importancia, fundando su decisión judicial en criterios objetivos. En este territorio, la custodia física conjunta, modalidad en la que los padres comparten tiempo de residencia alterna con sus hijos,

⁸⁷ El Diario la Ley, *“El régimen de Guarda y Custodia Compartida”*.
Editorial la Ley, nº7206, Sección Dossier, 29 de Junio de 2009.

⁸⁸ Según recoge ZAMORA SEGOVIA, M^a. LUISA, en su obra de *“Aproximación a la reforma del Anteproyecto de Ley sobre ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación y divorcio”*, estos 6 países son: Bélgica, España, Francia, Inglaterra, Gales, Italia y Republica Checa.

aunque no es la misma proporción de tiempo, ha ido constituyéndose como la fórmula más idónea adoptada en todo el territorio⁸⁹.

4.1. Italia.

En el Derecho Italiano, para determinar el modo en que se va a llevar a cabo el ejercicio de la guarda y custodia compartida nos hace diferencia entre dos conceptos. El primero es el “*affidamento*”, el cual se encarga de regular la forma en que se va a ejercitar la responsabilidad parental sobre los hijos, una vez se haya puesto producido la ruptura familiar. Este concepto aparece recogido del artículo 337 ter al 337 octies del Código Civil Italiano⁹⁰. El segundo concepto es el de “*collocazione*”, para referirse a la cuestión consistente en que progenitor va a convivir con el menor, una vez se haya producido la ruptura matrimonial⁹¹.

Entrando a la figura de la guarda y custodia compartida, en Italia aparece regulada en el Código Civil Italiano, especialmente en su artículo 337 ter y siguientes, siendo introducida por primera vez la figura de la guarda y custodia compartida por la Ley 54/2006, mencionándola como un “*affidamento condiviso o congiunto*”, que suponía el ejercicio compartido de la responsabilidad parental, consistiendo esta responsabilidad en el deber de mantener, educar y brindar apoyo moral a los hijos. Esta Ley que introdujo la figura de la guarda y custodia compartida, determinaba que el Juez a la hora de decidir, debía valorar la posibilidad de que los hijos menores fueran confiados a ambos padres, reconociendo el derecho del hijo de mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de ellos, recibiendo el cuidado y educación de cada uno de ellos, teniendo siempre en cuenta el llamado interés moral y material del menor. De todo ello, se llega a la conclusión, de que con la introducción de esta Ley, se hacía prioritaria la posibilidad de atribuir a ambos padres la guarda y custodia del menor⁹². Con este término de custodia compartida, también se regula la manera en la que el menor se va a relacionar con cada uno de los progenitores tras la ruptura.

⁸⁹ SEGOVIA ZAMORA, M^a LUISA, Op.cit págs., 12-13.

⁹⁰ IL Codice Civile Italiano, R.D. 16 de Marzo 1942, n° 262 Approvazione del testo del Codice Civile.

⁹¹ MARTINEZ CALVO, JAVIER, “*El affidamento y la collocazione en el Derecho Italiano. Una visión comparada con la guarda y custodia española*”. Revista de Derecho de Familia, n°78, Madrid 2018, págs. 50-80.

⁹² MONTERROSO CASADO, ESTHER y RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a GOÑI, “*Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de lege ferenda*”. Revista CEFLEGAL, n°131, págs 5-58.

Con respecto al segundo concepto, “collocazione”, el problema es igual al que ocurre en el ordenamiento jurídico español, produciéndose cuando se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores a ambos progenitores. A ello se refiere el artículo 337 ter.2 del Código Civil Italiano, que señala que será el juez el que decida el tiempo y modalidad de presencia del menor con cada uno de los progenitores.

Antes de la reforma del año 2006, la doctrina italiana ya venía recogiendo que en casos de guarda y custodia compartida, el menor podía residir de forma permanente, es decir, con “*residenza privilegiata*”, o el menor podía alternar su permanencia con uno u otro progenitor en los periodos de tiempo que se hubieran acordado, es decir, con “*residenza alternata*”.

En la actualidad, en la legislación italiana sigue sin estar prevista la posibilidad de que el Juez establezca una residencia alterna del hijo con ambos progenitores, ello no quiere decir que se excluya. A la residencia alterno se le llama “collocazione alternata”, y aunque su aplicación práctica sea escasa, hay en determinados casos donde se atribuye la misma. Normalmente, al progenitor al que se atribuye la residencia del menor, también se encargará del cuidado cotidiano del mismo.

Con toda esta explicación, llegamos a la conclusión de que la custodia “affidamento” de los menores, con carácter general, desde la introducción de la Ley 54/2006 se atribuye de forma compartida a ambos cónyuges, sin embargo respecto a quien convive diariamente con el menor y “collocazione”, se atribuye con carácter general a uno de los cónyuges, que en la mayoría de los casos es la mujer, la cual al convivir diariamente con el menor, también se encargara de su cuidado.⁹³

En Italia, también se regula la aplicación de la mediación, como método para solucionar conflictos a la hora de atribuir la guarda y custodia de los hijos menores de edad. Se permite al Juez retrasar o demorar su decisión judicial, para que las partes con ayuda de mediadores expertos en estas materias, puedan lograr un acuerdo que beneficie a ambas partes⁹⁴.

⁹³ MARTINEZ CALVO, JAVIER, “La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español”. Consejo Económico y Social de Aragón, Zaragoza 2019, Págs. 109-120.

⁹⁴ PÉREZ-VILLAR APARICIO, ROSA, “Estudio de Derecho Comparado sobre la regulación de la guarda y custodia compartida”. Editorial Themis, Asociación de Mujeres Juristas, Madrid, 2007, Págs. 45-50.

4.2. Suecia.

En el ámbito europeo, Suecia tiene una gran importancia, debido a que fue el primer país que introdujo la figura de la guarda y custodia compartida en su legislación en el año 1983. Su norma fundamental en esta materia es el Código de los Niños y de los Padres.

Este Código fue objeto de modificación el 1 de Octubre de 1988, donde se modificaron las disposiciones relativas a la guarda y custodia de los hijos. Esta modificación tenía como especial fundamento que el llamado interés del menor, se debía utilizar como criterio rector a la hora de determinar por parte de los Tribunales la forma de custodia aplicable al caso concreto, *“según el cual los hijos han de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos progenitores”*. Esta modificación también dio importancia para determinar la guarda y custodia conveniente en el caso presente, los deseos de los hijos, teniendo en cuenta la edad del mismo y si tiene suficiente madurez para expresar su opinión o deseos.

Que se atribuya la custodia, significa que los titulares de esta custodia, que normalmente serán los padres, tienen la responsabilidad legal sobre los hijos, teniendo por tanto los derechos y obligaciones de cuidar a sus hijos. Si se determina la guarda y custodia compartida, ambos progenitores deben compartir responsabilidades y decidir conjuntamente o de mutuo acuerdo, sobre decisiones que afecten a la vida privada de los menores⁹⁵. Todo esto aparece recogido, en el Capítulo 6 Sección 1, del Código de Niños y Padres de Suecia, *“Los niños tienen derecho a cuidados, seguridad y una buena crianza. Los niños deben ser tratados con respeto por su persona e individualidad y no deben ser objeto de castigos corporales o de cualquier otro trato humillante”*.

La custodia compartida no se puede atribuir si ambos progenitores están totalmente en contra de la guarda y custodia compartida. En el caso de que se pidiera esta forma de guarda y custodia por uno de los progenitores, se podría atribuir a ambos, siempre que fuera conveniente al interés superior del menor.

⁹⁵ Derechos y Obligaciones en el Código Parental Sueco.

<https://www.informationsverige.se/es/mer-om-sverige/att-vara-foralder/rattigheter-och-skyldigheter/>

La custodia es el sinónimo de la “responsabilidad parental”. La custodia compartida significa, que el menor estará de forma alterna conviviendo con cada uno de los progenitores, teniendo ambos progenitores la facultad y el deber de adoptar de forma conjunta las decisiones que fueran relevantes para la vida diaria del menor⁹⁶.

En el caso de que los progenitores tuvieran la custodia compartida, el tribunal será el encargado de decidir si los hijos viven exclusivamente, con uno de sus progenitores, o con ambos progenitores alternándose en los domicilios de ambos. En caso de que hubiera un acuerdo entre los progenitores, sobre la residencia de los menores, este acuerdo deberá ser aprobado por un Comité municipal de Bienestar Social, en materia de protección social de los menores⁹⁷.

4.3. Francia.

En la legislación francesa se recoge la figura de la guarda y custodia compartida en el Código Civil francés, regulado entre los artículo 373.2.6 al 373.2.16, modificada por la Ley 2002/305, del 4 de marzo. Este Código en ningún momento habla de la figura de guarda y custodia, sino de cooparentalidad. Los fundamentos recogidos en este Código Civil francés, es el de considerar el interés superior del menor como interés preferente a la hora de determinar la guarda y custodia compartida, establecer una responsabilidad parental compartida entre ambos progenitores y promover la figura de la cooparentalidad para permitir a los progenitores determinar un cierto equilibrio en la vida personal, social y profesional⁹⁸.

En el artículo 373.2.6 del Código Civil francés, determina que el juez velará por la protección del interés superior del menor, intentando garantizar la continuidad y efectividad de los vínculos de los hijos con cada uno de sus progenitores.

⁹⁶ SARIEGO MORILLO, JOSÉ LUIS, “*La Custodia Compartida en Suecia 2017, un modelo a seguir*”.

<http://gestionconflictosfamilia.blogspot.com/2017/01/la-custodia-compartida-en-suecia-2017.html#:~:targetText=En%20Suecia%2C%20todos%20los%20ni%C3%B1os,en%20caso%20de%20familias%20monoparentales.&targetText=La%20custodia%20compartida%20podr%C3%A1%20ser%20igualitaria%20o%20no.>

⁹⁷ BERGARMAR, AKE, “*El trabajo Social en Suecia*”.

Educación Social nº48, Universidad de Estocolmo, pág. 101-115.

⁹⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, “*Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres*”.

Editorial Dykinson, Madrid, 2004, Págs. 100-105.

El Código concede preferencia al Convenio firmado entre los progenitores, y en caso de que haya desacuerdo en su aplicación, se permite a las partes acceder a la figura de la mediación a instancia de parte. Los progenitores podrán exigir al Juez competente, que se ratifique en el Convenio que han firmado las partes. Ante ello, el juez ratificara dicho convenio, salvo que constataste que no se protege suficientemente el interés de los menores. En este convenio, se recogen las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución de cada uno de los progenitores en el mantenimiento y cuidado de sus hijos (artículo 373.2.7 Código Civil francés).

En este Código, se prevé la figura de la custodia alterna solicitada por las partes, pero para ello, las partes deben presentar un plan de cooparentalidad, que el Juez será el encargado de aprobar o rechazar. Este plan de cooparentalidad siempre debe de tener un mismo fin, para poder ser objeto de aprobación, que es actuar en favor del interés del menor.

Con respecto a la residencia del menor, el artículo 373.2.9 del Código Civil francés, estipula que *“la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los progenitores, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos”*. Si uno de los progenitores lo solicita, o en caso de desacuerdo entre ambos respecto al modo de residencia del niño, el juez podrá ordenar con carácter provisional una residencia alterna durante un plazo determinado. Posteriormente, el Juez decidirá sobre una residencia alterna del menor o por el contrario, una residencia fija en el domicilio de cualquiera de los cónyuges. Sin embargo, como peculiaridad de este sistema, se prevé que el propio Juez pueda disponer, siempre que alguno de los progenitores lo soliciten, el establecimiento de una residencia alterna de forma provisional, y durante un plazo adecuado, con la posibilidad de acordarlo de forma definitiva, una vez pasado el plazo provisional, utilizado a modo de ensayo. A pesar de ello, hay que mencionar, que el Juez puede determinar directamente la residencia alterna de los hijos menores, sin tener que aplicar ese periodo de prueba o de ensayo.

Con respecto a la residencia alterna o la llamada custodia compartida, en Francia, la Corte de Apelación de Lyon, determinó, que la residencia alterna presentaba elementos suficientes para garantizar que los niños tuvieran una vida equilibrada y plena, manteniendo, de acuerdo al interés del menor, las relaciones constantes y sostenidas con cada uno de los progenitores. Posteriormente, en esta misma decisión, se mencionó que

la custodia compartida inducía a los padres a ponerse de acuerdo por el bien del interés de sus hijos⁹⁹.

Finalmente, igual que en la jurisprudencia de nuestro país, en Francia su Código, establece unos criterios a la hora de atribuir la custodia a un progenitor o a ambos. Estos criterios son:

- La práctica anterior de los padres o los acuerdos que se hubieran firmado entre los mismos.
- Los sentimientos expresados por los menores.
- La aptitud de cada uno de los progenitores para asumir los deberes y respetar los derechos del otro progenitor.
- Importancia al resultado de las exploraciones periciales que se hayan llevado a cabo durante el procedimiento.
- Datos de los informes periciales.

Por todo ello, en el Derecho francés, no se establece la preferencia por un sistema determinado de custodia, conjunta o individual, sino que las partes lo solicitaran y será el Juez, el encargado determinar el modelo aplicable en función de los criterios fijados con anterioridad.

5. CONCLUSIONES.

Con el presente trabajo, ponemos de relieve que cuando se produce una ruptura matrimonial, o una ruptura de convivencia en las parejas de hecho, hay que determinar a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores de edad. Esta figura va a tener gran importancia, ya que establecerá que progenitor va a vivir diariamente con el menor, encargándose de su cuidado, protección, educación etc...

Sin embargo, la aparición generalizada en los últimos tiempos de la figura de la guarda y custodia compartida, permite atribuir el cuidado del menor a ambos cónyuges de forma compartida, alternándose entre ambos, la convivencia con el menor. Como anteriormente hemos mencionado, la atribución de la guarda y custodia compartida se está generalizando, de acuerdo a lo recogido en las diferentes sentencias tanto de

⁹⁹ Corte de Apelación de Lyon, de 28 de Octubre de 2016, RG 15/04038.

Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales, como en las diferentes sentencias del Tribunal Supremo. En estas sentencias, al atribuir la guarda y custodia compartida se mencionan las numerables ventajas que tiene esta forma de guarda y custodia, es más, muchas sentencias de nuestro Alto Tribunal, establecen que la guarda y custodia se debe atribuir de carácter general, y solo algún impedimento de suma importancia, determinara que se deba renunciar a la forma compartida de guarda y custodia y se atribuya a un solo progenitor la guarda y custodia.

En mi humilde opinión, yo estoy a favor de que se vaya atribuyendo en mayor medida la guarda y custodia compartida, pero siempre ponderando los diferentes casos, ya que no todas las familias son iguales, ni todos los menores, ni todos los casos son similares, y establecer una generalización de la guarda y custodia compartida por el mero hecho de sus ventajas, podría ocasionar un perjuicio irreparable en el seno de esa familia, y en especial del interés del menor. Por todo ello, soy de la opinión que hay que ponderar los factores influyentes en cada caso concreto (edad de los menores, relación entre los progenitores, distancia entre los domicilios, atención dedicada al menor con anterioridad por sus progenitores etc...), y teniendo especialmente como factor determinante a la hora de decidir, el interés superior del menor.

6. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

_Manuales:

ÁLVAREZ OLALLA, M^a DEL PILAR, “Última Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida”. Revista Aranzadi Doctrinal 3/2018.

AYERRA MICHELENA, KEPA, “Derecho Civil Vasco de Familia”. Thomson Reuters, Pamplona Julio 2016.

BERGARMAR, AKE, “El trabajo Social en Suecia”. Educación Social nº48, Universidad de Estocolmo.

FUNDACIÓN ATYME, “Custodia Compartida y Mediación”. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid 2019.

GARCÍA VILLALUENGA, L, “Conflictos, Familia y Mediación”. Grupo Difusión, Madrid 2007.

GODOY MORENO, A. “La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”. Dialnet, 2003.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P, “Custodia versus patria potestad. Delimitación del contenido y funciones de una u otra”. Boletín de Derecho de Familia, El Derecho, nº 93, 2009.

GONZALO VALGAÑÓN, ALTAMIRA, “Encuentro de Jueces con abogacía especializada en derecho de familia”. Asociación de Mujeres Juristas Themis, Madrid, Octubre 2015.

GONZÁLEZ VICENTE, P, “La guarda y custodia compartida en la Ley 15/2005”. RJ Sepín, Persona y Familia, septiembre 2005.

GUILARTE GUTIERREZ, V., “Comentarios a la reforma de la Separación y Divorcio”. Dialnet, 2005.

LATHROP GÓMEZ, FABIOLA, “Custodia compartida de los hijos”. Editorial la Ley, Madrid 2008.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T, “Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida”. Revista de Derecho patrimonial nº 22/2009, Aranzadi, Cizur Menor 2009.

MARTÍN MOLINA, A. “Cuestiones actuales sobre la custodia compartida”. Revista Doctrinal de Doctrina y Jurisprudencia, Vol. 15, Mayo 2017.

MARTÍNEZ CALVO, JAVIER, “*El affidamento y la collocazione en el Derecho Italiano. Una visión comparada con la guarda y custodia española*”. Revista de Derecho de Familia, nº78, Madrid 2018.

MARTÍNEZ CALVO, JAVIER, “La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español”. Consejo Económico y Social de Aragón, Zaragoza 2019.

MONTERROSO CASADO, ESTHER y RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M^a GOÑI, “Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de lege ferenda”. Revista CEFLEGAL, nº131.

MORELLI, M, “La potestà dei genitori”. Piacenza, Italia, 2003.

PÉREZ GALVÁN, MARÍA, “La exploración/audiencia de los menores en los procesos de familia”. Diario La Ley nº8866, 18 de Noviembre de 2016.

PÉREZ-VILLAR APARICIO, ROSA, “Estudio de Derecho Comparado sobre la regulación de la guarda y custodia compartida”. Editorial Themis, Asociación de Mujeres Juristas, Madrid, 2007.

PINTO ANDRADE, CRISTOBAL, “La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y los factores para su atribución”. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Bogotá 2015.

ROCA TRIAS, ENCARNACIÓN, “Libertad y familia”. Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación. Madrid 2012.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R, “Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación”. Edición Experiencia, Barcelona 2005.

SALANOVA VILLANUEVA, MARTA, “El derecho del menor a no ser separado de sus padres”. Derecho Privado y Constitución, nº7 Septiembre-Diciembre 1995.

SERRANO GARCÍA, JOSÉ A. “La custodia compartida Aragonesa en la primer Jurisprudencia”. Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza 2013.

ZAMORA SEGOVIA, M. ^a LUISA, “Aproximación a la reforma del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la Corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación, y divorcio”. Magistrada, Juzgado Primera Instancia nº 26 Sevilla.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “I Jornadas de Derecho de familia AEAFA Salamanca”. Edición Libertas, 2016.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ.EZNARRIAGA, L. “El menor en las crisis familiares”. Jornadas AEAFA sobre Derechos de los Menores.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS, “Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres”. Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

_Páginas Digitales:

AYERRA MICHELENA, KEPA, “La generalización de la custodia compartida no permite enjuiciar cada caso según sus especiales características”. Noticias Jurídicas. 11 de Julio de 2016.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, “La prueba del informe psicosocial”.

LINK:<http://www.asociacionabogadosfamilia.com/equipos-psicosociales/la-prueba-del-informe-psicosocial>

CUENCA ALCAINE, B. “Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia”. Noticias Jurídicas 2014.

DE LA FUENTE, PILAR, “La exploración de los menores: la opinión de los hijos importa”.

LINK: <https://www.domingomonforte.com/la-exploracion-de-los-menores-la-opinion-de-los-hijos-importa/>

DERECHOS Y OBLIGACIONES EN EL CÓDIGO PARENTAL SUECO

LINK:<https://www.informationsverige.se/es/mer-om-sverige/att-vara-foralder/rattigheter-och-skyldigheter/>

DIARIO JURÍDICO, ¿Qué hay detrás del informe Psicosocial?.

LINK: <https://www.diariojuridico.com/que-hay-detras-del-informe-psicosocial/>

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES (1870-2005).

LINK:<https://www.jurisprudenciaderechofamilia.com/2013/05/07/evoluci%C3%B3n-hist%C3%B3rica-de-los-criterios-para-atribuci%C3%B3n-de-la-guarda-y-custodia-de-los-hijos-menores-1870-2005/>

GUERRERO, VERÓNICA, “¿En qué consiste una Prueba Psicosocial?”. Conflegal, 2016.

IGLESIAS REINA, MARTA, “Custodia Compartida y Vivienda Familiar”. TFM, Universidad Complutense de Madrid, Sept. 2013.

LINK:https://eprints.ucm.es/23560/1/TFM_CUSTODIA_COMPARTIDA_Y_VIVIENDA_FAMILIAR_MARTA_IGLESIAS_REINA..pdf

LÓPEZ AZCONA, AURORA y PICONTO NOVALES, TERESA, “breves reflexiones sobre el cambio de régimen de custodia de los hijos menores en Derecho aragonés”.

LINK: <https://idibe.org/tribuna/breves-reflexiones-cambio-régimen-custodia-los-hijos-menores-derecho-aragones/>

REVISTA DOCTRINAL LEFEBVRE, “Posibilidad de guarda y custodia compartida o régimen de visitas normalizado con hijos lactantes o de corta edad”.

LINK: <https://elderecho.com/posibilidad-de-guarda-y-custodia-compartida-o-regimen-de-visitas-normalizado-con-hijo-lactante-o-de-corta-edad>

RIVERO FIDALGO, JENIFER, “La custodia compartida; análisis de la situación actual y su desarrollo jurisprudencial” TFM, Universidad de Oviedo Curso 2015/2016.

LINK:http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/34762/3/TFM_RiveroFidalgo%20C%20J.pdf

SARIEGO MORILLO, JOSÉ LUIS, “La Custodia Compartida en Suecia 2017, un modelo a seguir”.

LINK:<http://gestionconflictosfamilia.blogspot.com/2017/01/la-custodia-compartida-en-suecia2017.html#:~:targetText=En%20Suecia%2C%20todos%20los%20ni%C3%B1os, en%20caso%20de%20familias%20monoparentales.&targetText=La%20custodia%20compartida%20podr%C3%A1%20ser%20igualitaria%20o%20no.>

_Jurisprudencia:

La Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de Noviembre de 1989.

Ley 50/1981, de 30 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Boletín Oficial del País Vasco, nº129, de 10 de Julio de 2015.

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código de Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las Leyes Civiles aragonesas.

Boletín Oficial del Estado nº203, de 21 de Agosto de 2010.

Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Convención sobre los Derechos del Niño de 1959

Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992.

Constitución Española del 31 de Octubre de 1978.

Sentencia número 102/2007, de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 20 de Febrero.

Sentencia número 180/2009, de la Audiencia Provincial de Sevilla, con fecha 1 de Abril.

Sentencia número 283/2003, de la Audiencia Provincial de Albacete, con fecha 1 de Diciembre.

Sentencia número 242/2006, de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 25 de Octubre.

Sentencia número 196/2013, de la Audiencia Provincial de Huelva, con fecha 27 de Octubre.

Sentencia número 29/2008, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 31 de Julio.

Sentencia número 36/2014, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 22 de Mayo.

Sentencia número 847/2016, del Tribunal Supremo, con fecha 17 de Marzo.

Sentencia número 4606/2009, del Tribunal Supremo, con fecha 8 de Octubre.

Sentencia número 5553/1983, del Tribunal Supremo, con fecha 19 de Octubre.

Sentencia número 745/2012, del Tribunal Supremo, con fecha 10 de Diciembre.

Sentencia número 758/2013, del Tribunal Supremo, con fecha 25 de Noviembre.

Sentencia número 355/2016, del Tribunal Supremo, con fecha 30 de Mayo.

Sentencia número 4/2018, del Tribunal Supremo, con fecha 10 de Enero.

Sentencia número 579/2011, del Tribunal Supremo, con fecha 22 de Julio.

Sentencia número 614/2009, del Tribunal Supremo, con fecha 28 de Septiembre.

Sentencia número 257/2013, del Tribunal Supremo, con fecha 29 de Abril.

Sentencia número 519/2017, del Tribunal Supremo, con fecha 22 de Septiembre.

Sentencia número 261/2012, del Tribunal Supremo, con fecha 27 de Abril.

Sentencia número 472/2015, del Tribunal Supremo, con fecha 10 de Julio.

Sentencia número 619/2014, del Tribunal Supremo, con fecha 30 de Octubre.

Sentencia número 623/2009, del Tribunal Supremo, con fecha 8 de Octubre.

Sentencia número 33/2016, del Tribunal Supremo, con fecha 4 de Febrero.

Sentencia número 55/2016, del Tribunal Supremo, con fecha 11 de Febrero.

Sentencia número 139/2016, del Tribunal Supremo, con fecha 9 de Marzo,

Sentencia número 750/2015, del Tribunal Supremo, con fecha 30 de Diciembre.

Sentencia número 185/2012, del Tribunal Constitucional, con fecha 17 de Octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional, cuestión de Inconstitucionalidad 3442/2018, con fecha 9 de Mayo de 2019.

